Rechtsgutac...

Max Huber



Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. jur. Max Huber, Zürich

betr. die Rechtsbeständigkeit

des § 53 des Entwurfes zu einem Gesetze über die staatliche Gebäudebrandversicherung für Graubünden

vom 17. April 1907



Chur
Buchdruckerei Manatschal Ebner & Cie.
1907

Rechtsgutachten

über die

Rechtsbeständigkeit des § 53 der Gesetzesvorlage betreffend die Gebäude-Brandversicherung im Kanton Graubünden.

Der § 53 der bündnerischen Gesetzesvorlage betreffend die Gebäude-Brandversicherung (weiterhin im Text einfach als § 53 bezeichnet) lautet:

§ 53.

„**Mit dem Tage der Betriebseröffnung der staatlichen Versicherung werden alle bestehenden Versicherungsverträge gegenüber Privat-Versicherungsanstalten, soweit sie Gebäulichkeiten im Kanton betreffen, die unter die staatliche obligatorische Versicherung fallen, ohne Entschädigung aufgehoben.**

Der Große Rat wird den Privat-Versicherungsanstalten eine entsprechende Frist zur Abrechnung und Liquidierung der noch nicht ausgelaufenen Versicherungsverträge einräumen.

Vom Tage der Annahme dieses Gesetzes an können Versicherungsverträge über Gebäulichkeiten, die nach gegenwärtigem Gesetze der kantonalen Versicherung unterliegen, bei Privatgesellschaften gültig nur bis zum Zeitpunkte des Betriebsbeginnes der Anstalt abgeschlossen werden."

Ueber diese Gesetzesbestimmung hat eine der bis dahin in Graubünden tätigen Versicherungsgesellschaften, die „Helvetia", Schweizerische Versicherungsgesellschaft in St. Gallen, zwei Gutachten von den Herren Professoren Fleiner in Tübingen und Roelli in Zürich beigezogen. Das Gutachten Fleiner gelangt zu dem Schlusse, daß eine Vorschrift, wie sie

die erwähnte Gesetzesbestimmung enthalte, nur zulässig sei, wenn den betroffenen Gesellschaften Entschädigung für den durch die Aufhebung der Verträge entstandenen Schaden gewährt werde; das zweite Gutachten dagegen bestreitet der vorgeschlagenen Bestimmung die Rechtsgültigkeit aus zwei Gründen, aus dem formellen Grunde der Inkompetenz des Kantons die Privatversicherungsverträge aufzuheben und aus dem materiellen Grund der Unvereinbarkeit des § 53 mit dem Art. 31 und 4 der Bundesverfassung. Wird die Rechtsbeständigkeit verneint, so fällt die Entschädigungsfrage als gegenstandslos dahin. Wird erstere aber bejaht, so entsteht die Frage, ob eine Entschädigung für die Aufhebung der Verträge zu gewähren sei, bezw. ob die Entschädigung eine Bedingung der Rechtsbeständigkeit sei.

Die nachfolgenden Ausführungen zerfallen demnach in zwei Teile, in die Prüfung der Rechtsbeständigkeit und in die Untersuchung der Entschädigungspflicht.

A. Die Rechtsbeständigkeit.

Die Kompetenz des bündnerischen Gesetzgebers zum Erlaß des § 53.

Die Frage der Zuständigkeit ist ausschließlich nach Bundesrecht zu beurteilen. Von keiner Seite wird dem Kanton die Kompetenz nach kantonalem Recht bestritten und könnte dies auch der Fall sein, so stünde es dem bündnerischen Gesetzgeber jederzeit frei, auf dem Wege der kantonalen Verfassungsrevision ein allfälliges verfassungsmäßiges Hindernis zu beseitigen.

Die Beschränkung der kantonalen Gesetzgebung kann also letztlich nur im Bundesrecht liegen. Wenn eine kantonale Norm diesem aber widerspricht, so ist sie nichtig. Damit sind alle weitern Fragen abgeschnitten. Auch wenn es den Versicherungsgesellschaften konvenierte, sich mit einer Entschädigung abfinden zu lassen, so könnten sie diese nicht rechtlich beanspruchen, wenn die Rechtsbeständigkeit der betreffenden Gesetzesbestimmung durch den staatsrechtlichen Rekurs an die Bundesbehörden angefochten und von diesen kassiert worden wäre. Denn die Kantone können ihre Kompetenz auf Kosten des Bundes nicht erweitern, auch nicht mit Zustimmung der von solchen inkonstitutionellen Gesetzen betroffenen Personen. Es wäre dann nur ein freiwilliger Verzicht auf den Geschäftsbetrieb in der Form eines privatrechtlichen Vertrages denkbar.

Die von dem Gutachten Roelli behauptete Inkompetenz besteht aber unseres Erachtens nicht, vielmehr muß der Kanton Graubünden als unzweifelhaft zuständig zum Erlaß einer Norm von der Art des § 53 des Gesetzentwurfes betrachtet werden und zwar aus folgenden Gründen:

Das Bundesrecht berührt das Privat-Versicherungswesen in drei Punkten:

1. Durch den Grundsatz der Gewerbefreiheit, der anerkanntermaßen auch für das Versicherungsgewerbe gilt, aber keine Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen statuiert, lediglich materiellen Inhalt hat und deshalb unten bei der Prüfung der Rechtsbeständigkeit vor dem materiellen Recht zu behandeln ist.

2. Durch den Art. 896 des Obligationenrechts, der den in absehbarer Zeit hinfälligen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalrechtlichen, auf den Privatversicherungsvertrag bezüglichen Normen enthält, und durch die subsidiäre Geltung des Obligationenrechts. Daß der Kanton sich nicht auf die ihm vorderhand belassene Kompetenz der privatrechtlichen Normierung des Versicherungsvertrages stützt und auch nicht stützen kann, ist von keiner Seite mehr bestritten.

3. Durch Art. 34 der Bundesverfassung und die darauf fußenden Erlasse, insbesondere das Bundesgesetz betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens. Durch Bundesverfassung Art. 34 ist dem Bunde die Kompetenz zu der die Gewerbefreiheit beschränkenden Polizeigesetzgebung auf dem Gebiete des Versicherungswesens erteilt worden, eine Kompetenz, die sonst im Rahmen des Art. 31 grundsätzlich den Kantonen zukommt. Der Bund hat aber nicht eine umfassende und ausschließliche Kompetenz zur Polizeigesetzgebung auf dem Gebiete der privaten Versicherung, sondern diese erstreckt sich nur auf den Betrieb der Versicherungsgesellschaften, d. h. auf die von den Gesellschaften geforderten Bedingnisse der Zulassung zum Betrieb. Das Gesetz von 1885 bringt dies auch ganz scharf zum Ausdruck. Soweit aber der Gesetzgeber glaubt im Interesse des öffentlichen Wohls, andere nicht den Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmungen betreffende Beschränkungen aufstellen zu sollen, z. B. Verbot der Ueber- und Doppelversicherung, der Kinderversicherung, ja wenn er im öffentlichen Interesse die Versicherung, bezw. gewisse Zweige dieser zur ausschließlichen Staatssache machen will, so ist es nicht der Bund (vorbehalten Bundesverfassung

Art. 34bis), sondern nur der Kanton, der hiezu kompetent ist. Daß der Kanton die Verhältnisse der staatlichen oder sonstigen öffentlichen Versicherungsgesellschaften allein beherrscht, geht schon aus dem Wortlaut des Art. 34 der Bundesverfassung hervor.

Wenn nun das Bundesgesetz von 1885 in Art. 1 einige Vorbehalte zu Gunsten der Kantonalgesetzgebung macht, so sind diese Kompetenzen nicht enumerativ aufgeführt, d. h. die Kantone haben auf dem Gebiet des Versicherungswesens nicht nur diese. Es geht zur Evidenz aus der Entstehungsgeschichte des Art. 1 hervor, daß der an und für sich ganz überflüssige Vorbehalt betreffend die kantonalen Versicherungsanstalten sich nicht nur auf diejenigen Verhältnisse dieser Anstalten bezieht, welche bei privaten Geschäften vom Bundesgesetz beherrscht werden, sondern die Gesamtheit der auf staatliche Versicherungsanstalten bezüglichen Verhältnisse deckt[1]). Daß die Kreierung eines sogenannten Monopols in Alinea 5 des Artikels 1 des Bundesgesetzes von 1885 mitverstanden und damit die bezügliche Kompetenz des Kantons anerkannt war, darf als unbestreitbar gelten und ist in konkreto unbestritten; und das ist auch das Fundament des bestrittenen § 53. Daß Alinea 3 von Art. 1 des genannten Bundesgesetzes für die vorliegende Frage nicht in Betracht kommt, hat Prof. Roelli nachgewiesen; es kann unter polizeilichen Vorschriften nie die Errichtung eines Monopols verstanden werden, polizeiliche Vorschriften schaffen nicht Rechte und heben solche in der Regel nicht auf, sondern betreffen die Modalitäten der Rechtsausübung.

Kommt also als Fundament des § 53 nur die in Alinea 5 des Art. 1 des Bundesgesetzes anerkannte Kantonalkompetenz in Betracht, so muß nun, was von Prof. Roelli bestritten wird, bewiesen werden, daß diese Kompetenz auch zur Aufstellung einer Norm in der Art des § 53 ausreicht. Prof. Roelli[2]) argumentiert folgendermaßen: Die Kantone können das private Versicherungsrecht nur 1. durch privatrechtliche Gesetze (Art. 896 O.-R.) oder 2. durch polizeiliche Vorschriften (Bundesgesetz Art. 1, Alinea 3) regeln. Es sei deshalb den Kantonen nicht möglich, noch drittens durch eine öffentlich-rechtliche Norm, die nicht unter die „polizeilichen Vorschriften" falle, in dieses Gebiet einzugreifen.

Es ist nun ohne weiteres zuzugeben, daß in der Tat diese beiden Punkte nicht in Betracht kommen, dagegen ist zu bestreiten, 1. daß die

[1]) Bundesblatt 1895 I, S. 215.

[2]) S. 14 des Gutachtens.

Kompetenz der Kantone sich nur auf diese beiden Fälle erstrecke, was aber hier nicht erheblich ist und 2. daß es sich um eine Sache des Privatversicherungsrechts handle und deshalb die in Art. 1, Alinea 5 des Bundesgesetzes anerkannte Kompetenz nicht in Betracht komme. Es ist vielmehr zu sagen, daß der § 53 eine unmittelbare Beziehung zum „Monopol" hat. Das Monopol ist gar nicht denkbar ohne Tangierung des Privatversicherungsrechts. Es ist dabei ganz gleichgiltig, ob die Rechtsnorm, welche die Unzulässigkeit privatrechtlicher Versicherungsverträge für gewisse Objekte statuiert, in einem eine staatliche Versicherungsanstalt schaffenden Verwaltungsgesetz, oder in einem privatrechtlichen Versicherungsgesetz steht; in beiden Fällen ist die Norm dieselbe, eine öffentlich-rechtliche, weil sie nicht Recht zwischen Privaten zu ordnen bestimmt ist, sondern ein Verbot des Staates an die möglichen Kontrahenten eines Versicherungsvertrages enthält. Die Statuierung des „Monopols" bedeutet also immer einen Rechtssatz, welcher das Privatversicherungsrecht betrifft, aber nicht als privatrechtliche, sondern öffentlich rechtliche Norm. Welcher Art eine Norm sei, öffentlich oder privat, ist völlig irrelevant, weder das eine noch das andere Rechsgebiet hat einen Vorrang; die spätere, gültig erlassene Norm präponderiert in allen Fällen.

Nun handelt es sich aber in § 53 nicht um eine Norm, welche das objektive Recht ändert durch Beschränkung des Anwendungsgebiets des Privatversicherungsvertrages (diese enthält § 8 des Gesetzesentwurfes, welcher lautet: „Es ist untersagt, Gebäude, welche in die kantonale Brandversicherungsanstalt aufgenommen werden, ganz oder teilweise noch anderwärts gegen Feuerschaden zu versichern"), sondern um eine Aufhebung subjektiver Rechte. Es frägt sich nun, ob, wenn die durch § 8 bewirkte Aenderung des objektiven Rechts zulässig ist, auch eine entsprechende Aenderung subjektiver Rechte durch § 53 zulässig ist. Wenn wir die später zu erörternde Frage, ob überhaupt subjektive Rechte durch Gesetz als aufgehoben erklärt werden können, hier dahingestellt sein lassen, so scheint es, daß die Kompetenzfrage in beiden Fällen genau gleich liegt, auch vom Standpunkt der Ausführungen des Gutachtens von Prof. Roelli; jedesmal wird durch das Recht der öffentlichen Anstalt über die Rechtsbeständigkeit privatrechtlicher Versicherungsverträge verfügt, das eine Mal über diejenige eventueller, das andere Mal über diejenige existierender.

Die hier vertretene Auffassung hat auch die Praxis für sich. In einer Reihe kantonaler Gesetze finden sich Bestimmungen, die in Bezug auf

die Kompetenzfrage dem § 53 durchaus gleichartig sind: Waadt, Gesetz von 1849, Art. 30; Bern, Gesetz von 1881, § 42 und Nidwalden, Gesetz von 1884, § 34.

Dieser Standpunkt kann nur noch, wie es Prof. Roelli[1]) tut, dadurch in Frage gestellt werden, daß die Kompetenz der Kantone, öffentliche monopolistische Versicherung einzuführen, sich nicht auf die Regelung bestehender Verträge beziehe, weil das Monopol nur den Ausschluß der Konkurrenz für die Zukunft, keineswegs aber Unverträglichkeit laufender Privatverträge mit der Existenz einer staatlichen Anstalt bedeute. Davon ist beim materiellen Recht zu handeln.

B. Die materiellen Rechtsnormen.

1. Das kantonale Recht.

Wie bei der Kompetenzfrage so ist auch bei der Prüfung des materiellen Rechts mit Bezug auf das kantonale Recht festzustellen, daß durch Revision der Kantonsverfassung jedes kantonalrechtliche Hindernis, das dem § 53 entgegenstehen sollte, beseitigt werden könnte. Die Verfassung ist das oberste Gesetz des Kantons, der Staatswille in seiner höchsten Potenz, dem gegenüber — von Bundes- und Völkerrecht wird hier zunächst ganz abgesehen — kein Wille rechtlich in Betracht kommt. Die Auffassung kann heute als allgemein geltend bezeichnet werden, daß es eigene, sogenannte erworbene absolute Rechte des Einzelnen gegenüber dem höchsten Willen des Staates nicht geben kann.[2]) Aber selbst wenn man die naturrechtliche Theorie der absoluten Individualrechte vertritt, wird man nicht im Stande sein, irgend einen modernen Rechtsstaat zu nennen, in welchem es ein rechtliches Mittel für das Individuum gäbe, gegen den höchsten Willen im Staate ein subjektives Recht geltend zu machen. Der Träger des Staatswillens in seiner höchsten Potenz kann formell nicht Unrecht tun.

---

[1]) S. 16 f. des Gutachtens.

[2]) Im Wesentlichen im Sinne unserer Ausführungen die grundlegende Arbeit von Anschütz, der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt in Verwaltungsarchiv Bd. V, S. 2 ff. Ferner, insbesondere für das schweizerische Recht Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht 2. Aufl. II. S. 71 ff. Fischer, die Haftbarkeit des Staates, im Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung I. S. 177 ff., 185 ff., 193 ff.

Kann der bündnerische Verfassungsgesetzgeber im Kanton selbst keine Schranke seines Willens finden, so trifft dies nicht zu für den bloßen Gesetzgeber. Allerdings ist der Unterschied zwischen Verfassung und Gesetz in den demokratischen Verfassungen der Schweiz nur ein formeller, aber er besteht doch zu Recht und der Bund schützt die Kantonsverfassung gegen das kantonale Gesetz. Die Verfassung genießt nicht, wie im Bunde, nur einen moralischen und politischen, sondern auf Grund von Bundesverfassung Art. 113 einen rechtlichen Schutz. Da nun aber offenbar nicht die Absicht besteht, die Verfassung zu ändern, so ist zu untersuchen, ob die bestehende Kantonsverfassung nicht dem § 53 entgegensteht.

Der einzige Artikel der Verfassung, welcher allenfalls dem § 53 entgegenstehen könnte, ist Art. 9, Alinea 4, der sagt: „Das Eigentum und andere Privatrechte sind, mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, unverletzlich".

Dieser Satz der Verfassung kann zweierlei bedeuten:

1. Die Verfassung kann den Bestand des Eigentums und anderer Privatrechte sichern wollen in der Weise, daß ein begründetes Recht nicht aufgehoben oder verändert werden soll, und Gesetzgebungs- und Verwaltungsakte, welche dies doch tun wollen, deshalb nichtig sind. Das ist wohl der unmittelbare Wortsinn. Es kann sich nun fragen, wem gegenüber diese Unverletzlichkeit garantiert wird. Daß dabei nicht gemeint ist, daß nur durch den Verfassungsgesetzgeber die Privatrechte verletzt werden dürfen, d. h. daß also die Privatrechte auch gegenüber dem Gesetzgeber absolute Existenz haben, geht daraus hervor, daß die Verfassung von gesetzlichen — nicht von verfassungsmäßigen — Ausnahmen der Unverletzlichkeit spricht. Ist es also der Gesetzgebung vorbehalten, Ausnahmen zu machen, so besteht die Unverletzlichkeit nicht gegenüber dieser, folglich nur gegenüber der Verwaltung.

2. Das Eigentum und andere Privatrechte können nur gegen Entschädigung aufgehoben werden; nicht das Recht selbst, nur sein wirtschaftlicher Wert ist unverletzlich.

An dieser Stelle ist nur von der erstern Eventualität zu sprechen und lediglich die Frage zu prüfen, ob subjektive Privatrechte auf dem Wege der Gesetzgebung schlechthin aufgehoben werden können. Diese Frage bedarf einer nähern Prüfung, denn unter Gesetzgebung versteht man im allgemeinen die Ordnung des objektiven

Rechts, und nicht diejenige der subjektiven Rechte, es ist also nicht von vorneherein klar, wie sich die Verfassung zu § 53 stellt.

Leider geben die Gesetzesmaterialien keinerlei Aufschluß über den Sinn der erst in die Verfassung vom 23. Mai 1880 aufgenommenen Eigentumsgarantie. Das Protokoll der Standeskommission vom 27. Februar 1879 bemerkt zu dem Artikel 9: „Auch die Art. 9 und 10 mit Bestimmungen über Gewährleistung der persönlichen Freiheit und der Gewerbefreiheit geben zu keinen Bemerkungen Anlaß."

Der Art. 9, Alinea 4, anerkennt die Unverletzlichkeit „mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen". Darunter kann man zweierlei verstehen: entweder, daß die Privatrechte nur ausnahmsweise auf Grund eines allgemeinen Rechtssatzes aufgehoben werden können, wie bei der Expropriation, oder, daß der Gesetzgeber auch von Fall zu Fall Ausnahmen statuieren kann. In beiden Fällen aber ist anerkannt, daß das Gesetz Privatrechte verletzen darf. Dieser Satz bedarf übrigens keiner weitern Beweise; er ist überall — von der Entschädigungsfrage sei hier abgesehen — anerkannt.[1]) Daß allerdings nur der Gesetzgeber in die Eigentumssphäre des Bürgers eingreifen darf, daß diese zum sogenannten Vorbehalt des Gesetzes gehört, ist das Kardinalprinzip des auf die Gewaltentrennung basierten Rechtsstaats; durch Art. 9 ist dieser Grundsatz förmlich anerkannt und Alinea 1 des Art. 2 („Die gesetzgebende Gewalt wird vom Volk ausgeübt") näher bestimmt. Allerdings ist damit etwas für das Staatsrecht eines schweizerischen Kantons eigentlich selbstverständliches ausgesprochen.

Wird demnach der Grundsatz der Präponderanz des objektiven Gesetzesrechts gegenüber den subjektiven Privatrechten anerkannt, so scheut man sich doch, gewisse Konsequenzen zu ziehen. Gänzlich unbezweifelt ist die Zulässigkeit der indirekten Modifikation der subjektiven Rechte. Das Bundesgericht[2]) hat in einer großen Zahl von Fällen konstatiert, daß das subjektive Recht nicht einen Anspruch auf den objektivrechtlichen Status quo zur Zeit den Rechtserwerbs bedeutet, sondern nur Bestand nach der jeweilen geltenden Rechtsordnung hat. Wenn ein Gesetz erweiterte nachbarrechtliche Pflichten, Flurbeschränkungen oder Baulinien ꝛc. vorschreibt, so muß der Eigentümer sich dies alles ohne weiteres gefallen lassen, ja sogar die

[1]) Vgl. die oben, S. 8, Anm. 2, und unten, S. 35, Anm. 1, zitierte Literatur.
[2]) Zahlreiche Entscheide bei Burckhardt, Kommentar S. 860.

Verwaltung ist im Rahmen des verfassungsmäßigen Verordnungsrechts zu derartigen Eingriffen kompetent.

Unbezweifelt ist auch die Kompetenz des Gesetzgebers, die subjektiven öffentlichen Rechte zu verändern, öffentliche Pflichten aufzuerlegen, Verbände des öffentlichen Rechts zu kassieren, zu verschmelzen u. s. w. Wo zwar Eigentumsfragen, wie bei Verschmelzung von Gemeinden, Aufhebung von Staatskirchen 2c., mitspielen, tauchen allerdings gewöhnlich Bedenken auf und beruft man sich auf „wohlerworbene Rechte".

Diese Erwägungen treten in den Vordergrund, wenn der Gesetzgeber in sogenannte Privatrechte oder, wie man auch in unzutreffender Weise herkömmlich sagt, wohlerworbene Rechte eingreift. Daß der Gesetzgeber das objektive Privatrecht abändern kann, wird natürlich nicht bestritten, auch nicht, daß die Aenderung des objektiven Rechts unter Umständen indirekt subjektive Rechte aufhebt und verändert, so z. B. gesetzliche Pfandrechte und Servituten, familienrechtliche Gewalt u. s. w. Was aber dem Staate sehr oft bestritten wird, das ist die Kompetenz zur Aufhebung oder Veränderung konkreter subjektiver Rechte, wie Entziehung des Eigentums an einem bestimmten Grundstück, Aufhebung bestimmter Verträge u. dgl., d. h. in Fällen, wo es sich um subjektive Rechte handelt, die nicht unmittelbar auf dem objektiven Recht beruhen, sondern erst in dessen Rahmen durch Rechtsgeschäfte begründet sind.[1]) Eingriffe in solche rechtsgeschäftlich individualisierte Rechte werden vielfach als nur dann zulässig betrachtet, wenn dem Geschädigten Ersatz geleistet wird.

Daß der Gesetzgeber, wenn er oberste unkontrollierbare Instanz im Staate ist, alles tun kann, ist nicht zu bezweifeln; kann es aber auch der bündnerische Gesetzgeber, über dem die Kantonsverfassung steht?

Es sind zwei Erwägungen, welche gegen eine freie Verfügungsmacht des Gesetzgebers über die subjektiven Privatrechte sprechen. Einmal muß es auffallen, daß der Art. 9, Alinea 4, das Eigentum und andere Privatrechte ausdrücklich als unverletzlich erklärt. Will er damit, wie oben bemerkt, nur sagen, daß sie bloß vom Gesetzgeber, nicht aber von der Verwaltung aufgehoben werden dürfen, so muß es zunächst befremden, daß er nicht von den persönlichen Rechten im allgemeinen, sondern nur von den Privatrechten und einigen Freiheitsrechten spricht, denn auch die übrigen subjektiven Rechte gehören im Rechtsstaat genau so gut zum Vor-

[1]) Vgl. Salis, Bundesrecht, 2. Aufl., I, S. 723.

behalt des Gesetzes, wie die von der Verfassung unter dem Titel „Persönliche Rechte“ in Art. 7—11 aufgeführten Rechte. Man könnte deshalb geneigt sein, anzunehmen, daß die Verfassung den Privatrechten und besonders garantierten Freiheitsrechten noch etwas mehr als den übrigen öffentlichen Rechten geben wollte, nämlich die grundsätzliche Unverletzlichkeit auch gegenüber dem Gesetzgeber, beziehungsweise wenigstens die Unverletzlichkeit des wirtschaftlichen Werts.

Und sodann kann unter den „gesetzlichen Ausnahmen“ verstanden werden, daß der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Privatrechte zwar Ausnahmen habe, daß aber diese Ausnahmen auf einer allgemein gesetzlichen Ordnung, wie es beim Expropriationsrecht der Fall ist, beruhen müssen. Es wird sich fragen, ob § 53 als eine gesetzliche Ausnahme zu betrachten ist. § 53 schafft an sich kein objektives Recht, sondern ist materiell ein Verwaltungsakt, er schafft Recht lediglich für die Kontrahenten der aufgehobenen Verträge. Ist das Gesetzgebung, wie sie in Art. 2 dem Volk zugeschrieben wird? Daß der Gesetzgeber Verwaltungsbeschlüsse erlassen kann, geht ja aus Ziffer 5—7 des Art. 2 hervor, aber weil die Privatrechte als unverletzlich gelten, mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, frägt es sich, ob hier nicht Ausnahmen durch materielle Gesetze, welche Normen aufstellen, gemeint seien. Dafür spräche auch der Umstand, daß im gleichen Art. 9, Alinea 2 und 3, analoge Vorbehalte gemacht sind: „Niemand darf verhaftet oder gerichtlich verfolgt werden, als in Kraft der Gesetze.“ „Haussuchungen dürfen nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen ... vorgenommen werden.“ Aehnlich Art. 10: „Die Ausübung jeder Berufsart ..... ist frei. Vorbehalten sind die gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften ....“ Wenn es dem Gesetzgeber in seiner Eigenschaft als Schöpfer allgemeiner Anordnungen (Normen), nach welchen die Verwaltung im Einzelfall zu handeln hat, erlaubt ist, Privatrechte zu verletzen, so ist damit nicht gesagt, daß er gelegentlich diese Rolle verlassen und für einen gegebenen Fall die Funktion der Gesetzgebung und Verwaltung in sich vereinigen darf. Denn wenn eine Verfassung — wie es in Graubünden der Fall ist — den Grundsatz der Gewaltentrennung aufstellt, so müssen diese Funktionen getrennt bleiben, und wenn auch nach schweizerischem Staatsrecht der Gesetzgeber den andern Gewalten übergeordnet ist, so ist er doch nicht kompetent, sich alle Funktionen anzumaßen, denn er leitet seine Gewalt ab aus der Verfassung, wie die Verwaltung und die Gerichte auch.

Gegen diese Bedenken ist das Folgende zu sagen:

1. Die besondere Erwähnung der Unverletzlichkeit der Privatrechte sowie gewisser anderer Individualrechte öffentlichen Charakters entspricht einem auf die naturrechtlich gedachten Verfassungen des 18. Jahrhunderts zurückgehenden Gebrauch. Der Wert dieser verfassungsmäßigen Grundrechte ist sehr verschieden. In den meisten Staaten, Deutschland, Frankreich 2c., sind sie unsanktionierte Vorschriften; bloße Leitmotive für den Gesetzgeber, dagegen grundsätzliche Vorschriften für die Verwaltung bei Handhabung der Gesetze; in Nordamerika, woher diese Grundrechte importiert sind, und in der Schweiz haben sie eine größere Bedeutung, weil die Gerichte auch an die Gesetze den Maßstab der Verfassungsmäßigkeit anlegen dürfen, in der Schweiz allerdings nur das Bundesgericht beziehungsweise der Bundesrat und nur gegenüber kantonalen Erlassen. Die Aufnahme der Eigentumsgarantie in die Kantonsverfassung hat deshalb den sehr reellen Wert für die Bürger, daß die Privatrechte damit nach Bundesverfassung Art. 113 unter den Schutz des Bundesgerichts gestellt sind, während ohne diese Verfassungsgarantie keine Möglichkeit bestünde, im Kanton eine Instanz zu finden, an welche man sich wegen angeblicher Verletzung von Privatrechten durch die Gesetzgebung wenden könnte.

2. Gegenüber dem Einwand, daß eine „gesetzliche Ausnahme" im Sinne von Art. 9, Alinea 4, eine allgemeine, objektive Gesetzesnorm voraussetze, ist zu bemerken, daß die Volkssouveränität, wie sie in demokratischen Verfassungen der Schweiz sich ausgebildet hat, den Grundsatz der Gewaltentrennung erheblich modifiziert, teilweise sogar aufgehoben hat. Die strikte Eingrenzung des Gesetzgebers auf die Normsetzung und gewisse bestimmte weitere Funktionen (Budget 2c.) hat zur Voraussetzung, daß er prinzipiell vom Verfassungsgesetzgeber geschieden sei; nun fällt aber der Verfassungs- wie der Gesetzgeber in Graubünden im Volk nicht nur materiell zusammen, sondern auch formell, indem in beiden Fällen das obligatorische Referendum besteht und für die Verfassungsgesetzgebung keine erschwerenden Vorschriften in Bezug auf die P e r f e k t i o n der Norm bestehen. Es kann deshalb nicht allzusehr auf den Gegensatz von Verfassung und Gesetz abgestellt werden, denn beide entspringen dem genau gleichen Willen.

3. Im weitern ist zu sagen, daß der Begriff des Gesetzes weder im allgemeinen, noch für die Schweiz völlig abgeklärt ist. Der Gesetzesbegriff wird im schweizerischen Staatsrecht sehr häufig im formellen Sinn gebraucht;

so werden Gemeinden durch Gesetz vereinigt u. s. w. Dieser formelle Gesetzesbegriff[1]) dient in der Schweiz der Zulassung des Referendums, wie in den konstitutionellen Staaten der Mitwirkung der Kammern. Ein Akt des Gesetzgebungsorgans, welcher eine bestimmte Kategorie subjektiver Rechte kassiert, kann deshalb auch als Gesetz und als „gesetzliche Ausnahme“ betrachtet werden, aus dem formellen Grund, weil er von dem gesetzgebenden Organ ausgeht. Das Gesetz ist also nicht immer eine allgemeine Norm, sondern kann materiell auch Verwaltungsakt sein. Im vorliegenden Falle kann aber auch von einer materiellen Norm gesprochen werden, wenn man den Inhalt der §§ 8 und 53 der Gesetzesvorlage zusammennimmt und darin die objektive Ordnung des kantonalen Brandversicherungsmonopols erblickt. Der § 53 ist demnach nicht ein auf keine allgemeine Norm sich stützender Verwaltungsakt in Form eines Gesetzes, sondern vielmehr die authentische Interpretation des objektiven Rechtssatzes, welcher das Monopol ausspricht.

Die bisher erörterten Argumente für und gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 53 vom Standpunkt des Art. 9, Alinea 4, sind derart, daß die eine wie andere Auslegung nicht als willkürlich erscheint; ausschlaggebend zu Gunsten des § 53 ist aber die Interpretation, welche der bündnerische Gesetzgeber dieser Bestimmung der Verfassung gegeben hat. Namentlich muß ins Gewicht fallen, daß der bündnerische Gesetzgeber sich selbst als zum Erlaß des § 53 kompetent erachtet. Da nach konstanter Praxis die Bundesbehörden bei der Entscheidung von Rekursen gegen kantonale Erlasse und Verfügungen die Interpretation des Kantonalrechts durch die oberste Kantonsbehörde (Großer Rat) nur dann als nicht maßgeblich betrachten, wenn die Interpretation eine offenbar unrichtige oder willkürliche ist, so werden die Bundesbehörden noch viel mehr auf die vom Gesetzgeber selbst, der mit dem Verfassungsgesetzgeber identisch ist, ausgehende Interpretation der Verfassung abstellen. Daß die Annahme, ein Gesetz könne bestehende Privatrechte aufheben, ohne dadurch in Konflikt mit der Verfassung zu geraten, für das bündnerische Recht keine willkürliche ist, geht übrigens aus einer Reihe von Präzedenzfällen hervor. So sind durch die Forstordnung vom 1. März 1905[2]) eine Reihe von Rechtsgeschäften, offenbar nicht nur für die Zukunft, als nichtig erklärt

[1]) Vgl. hiezu Fleiner, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge, Bd. XXV, S. 402 ff.

[2]) Amtliche Gesetzessammlung VI, S. 344 ff.

worden (§ 19). Ebenso sind Pachtverträge aufgehoben worden durch das Verbot der Bestoßung der Alpen mit fremdem Sömmerungsvieh.[1] Ferner sind Anstellungsverträge Privater mit nicht patentierten Lehrern durch § 6 des Gesetzes betreffend Schulpflicht vom 11. September 1904 unmöglich geworden.[2] Obwohl die Korporationen des öffentlichen Rechts nicht in gleicher Weise gegen Eingriffe seitens der Staatsorgane gesichert sind wie Private, ist immerhin der § 6 des Bahnsubventionsgesetzes vom 1. Juli 1897,[3] welcher die Gemeinden verpflichtet, das für den Bahnbau benötigte Gemeindeland der Privatbahngesellschaft abzutreten, in diesem Zusammenhang erwähnenswert. Angesichts dieser gesetzgeberischen Praxis können die Bedenken, welche gegen das frühere, nicht zu stande gekommene Gesetz über Brandversicherung in der Standeskommission geäußert wurden (1881), nicht ins Gewicht fallen.[4])

Es ist demnach der § 53 mindestens nicht in offenbarem Widerspruch zur Kantonsverfassung. Wenn allenfalls auch eine Interpretation im Sinne der Unverletzlichkeit der Privatrechte durch gesetzgeberische Verwaltungsakte denkbar ist, so muß gegenüber einer solchen Auslegung doch stets die keinesfalls willkürliche des obersten kantonalen Organs prävalieren.

2. Das Bundesrecht.

a) Unter den materiellen Rechtsnormen des Bundes, welche die Rechtsbeständigkeit des § 53 ausschließen könnten, kommt in Betracht zunächst Art. 31 der Bundesverfassung. Daß dieser Artikel auch für das Versicherungsgewerbe gilt, ist schon oben festgestellt worden und wird auch nicht bestritten. Ebenso wenig wird heute mehr die Kompetenz der Kantone zur Errichtung von Anstalten mit Monopolcharakter angefochten. Nach den Ausführungen von Prof. Roelli liegt aber eine Verletzung des Art. 31 in der Aufhebung von unter der Herrschaft der Konkurrenzfreiheit im Immobiliar-Feuerversicherungsgewerbe abgeschlossenen Verträgen; nach dem Gutachten Roelli[5] bedeutet Monopol lediglich Konkurrenzverbot. Da abgeschlossene Verträge nicht Gegenstand der Konkurrenz sein können, sondern nur das Abschließen solcher, könnte das Monopol durch laufende

[1]) Gesetz vom 7. Januar 1875. A. S. VI, S. 469 ff.
[2]) A. S. VI, S. 326 f.
[3]) A. S. VI, S. 9 ff.
[4]) Fleiner, Gutachten, S. 8/9.
[5]) S. 16.

Verträge nicht berührt werden und deshalb aus dem Monopol auch nicht der Anspruch auf Versicherung solcher Verträge abgeleitet werden. Der § 53 erschiene deshalb als in unzulässiger Weise mit rückwirkender Kraft ausgestattet.

Angesichts dieser Behauptung ist das Wesen des Monopols näher zu untersuchen. Der in Bund und Kantonen anerkannte Grundsatz der Gewerbefreiheit setzt die Freiheit der Individuen, irgend eine denkbare Erwerbstätigkeit zu ergreifen, voraus, hat aber diese Freiheit nicht zum Inhalt. Die Gewerbefreiheit bedeutet Freiheit in der Ausübung der Gewerbe, nicht aber das Recht, bestimmte Gewerbe nach allen oder nach einzelnen Richtungen hin zu treiben.[1]) Diese Freiheit hat allerdings nur Sinn und Wert, wenn im Zweifel die Freiheit, eine bestimmte Erwerbstätigkeit zu entfalten, vorhanden ist. Daß aber diese Freiheit rechtlich für alle Fälle gegeben sei, ist durchaus nicht notwendig. Es ist Sache des Gesetzgebers, zu bestimmen, welche wirtschaftlichen Tätigkeiten den Privaten nicht überlassen sein und deshalb auch nicht unter der Herrschaft der Gewerbefreiheit stehen sollen. Das ist eine Frage, die mit der Gewerbefreiheit, wie sie das heutige schweizerische Recht kennt, nichts zu tun hat. Ebenso wenig berührt es die Gewerbefreiheit, wenn der Staat ganze Erwerbszweige dadurch vernichtet, daß er den ihnen entsprechenden Geschäftsinhalt als deliktischen Tatbestand erklärt.

Wenn der Gesetzgeber beschränkend in die der Initiative und Konkurrenz der Privaten überlassene Wirtschaftssphäre eingreifen will, so kann er entweder lediglich die Erwerbstätigkeit Privater für gewisse Gebiete ausschließen. — Das ist der Fall bei den mit ausschließlichem Kontrahierungsrecht ausgestatteten staatlichen Verkehrsanstalten: Post, Telegraph &c. — oder er kann dieses Verbot mit einem positiven Gebot an die Bürger, sich tatsächlich der öffentlichen Anstalten zu bedienen, verbinden (obligatorische staatliche Versicherung) — oder endlich er kann die Ausübung gewisser Erwerbstätigkeiten an die Erteilung einer staatlichen Ermächtigung, Konzession (grundherrliche Regale, Eisenbahnen) knüpfen. In allen diesen Fällen handelt es sich um eine Durchbrechung der von der heutigen Gesellschaftsordnung vertretenen Präsumption der Privatwirtschaft zu Gunsten der Sozialwirtschaft, um die Erhebung einer bis dahin privater

---

[1]) Gutachten von Prof. Zürcher betreffend die glarnerische Mobiliarversicherung, Bundesblatt 1835, I, S. 205; anders der Standpunkt des Bundesrates, ibid. S. 217. Im obigen Sinne Burckhardt, Kommentar S. 275 ff.

Wirtschaftssphäre zur öffentlichen, staatlichen oder kommunalen. Zu allen Zeiten haben gewisse Funktionen als öffentliche gegolten, Zahl und Art dieser Funktionen haben jedoch stets variiert. Wenn aber einmal etwas öffentlich geworden, dann ist für das Private kein Platz mehr. Durch die Erhebung einer Angelegenheit zu einer öffentlichen will der Staat nicht nur für die Zukunft die Konkurrenz der Privaten verbieten, sondern die Privaten von einem bestimmten Wirkungsgebiete überhaupt ausschließen.

Die Gründe welche den Staat dazu veranlassen können, sind zweierlei Natur:

1. Entweder wird das öffentliche Interesse indirekt dadurch zu fördern gesucht, daß durch die Monopolisierung eines Erwerbszweiges auf den sehr viele Personen angewiesen sind, die Möglichkeit bedeutender Einnahmen eröffnet wird (z. B. Salzmonopol)

2. oder das unmittelbare öffentliche Interesse steht im Mittelpunkt (z. B. beim Brandversicherungsmonopol).

Es können auch beide Gesichtspunkte verbunden sein (z. B. beim Alkoholmonopol).

Der ausschließliche Erwerbszweck wird — und das sollte logischerweise beim teilweisen Erwerbszweck auch der Fall sein — als unvereinbar mit Art. 31 der Bundesverfassung betrachtet, denn wenn der Staat sich auf den Erwerb als solchen verlegt, stellt er sich materiell auf den Standpunkt eines Privaten und es bedeutet dann das Monopol in Wirklichkeit nicht die Erhebung der betreffenden Wirtschaftstätigkeit zur öffentlichen Funktion, sondern lediglich den Ausschluß aller Mitbewerber des Staates im geschäftlichen, fiskalischen Interesse.

Bei dem vom bündnerischen Gesetzgeber in Aussicht genommenen Versicherungsgesetz handelt es sich, wie aus den §§ 2, 5, 47 des Gesetzes hervorgeht, unzweifelhaft nicht um eine fiskalische Unternehmung, sondern um eine solche, für welche allein das öffentliche Interesse an einer obligatorischen, möglichst umfassenden und billigen Immobiliar-Feuerversicherung maßgebend ist.[1] Das wird auch von keiner Seite bestritten. Es folgt nun aus dieser rein öffentlichen Natur der Brandversicherungsanstalt, daß es nicht ihr Zweck ist, Geschäfte zu machen und Private dabei als Mitbewerber auszuschließen, sondern die Anstalt ist da, um eine bestimmte ökonomische Funktion, die durch das Gesetz als staatliche erklärt worden

[1]) Vgl. namentlich die Botschaft des Kleinen Rates vom 17. Sept. 1906.

ist, zu versehen. Sie tritt nicht als privilegierter Konkurrent auf den Markt, der abgeschlossene Geschäfte vorfindet, und neue allein machen darf: die Anstalt ist gar kein Geschäftsmann, sondern Trägerin öffentlicher Verwaltungsfunktionen. Was aber Gegenstand solcher sein kann, kann nicht auch Gegenstand privater Erwerbstätigkeit sein; dieser ist durch die Sozialisierung, d. h. Verstaatlichung der Boden entzogen. Ebenso wenig wie im modernen Staate Platz für die seiner Zeit auch auf privatrechtlichen Titeln beruhende Patrimonialgerichtsbarkeit blieb, kann eine private Rechtssphäre da bestehen, wo heute etwas als öffentliche Funktion erklärt wird. Wie Inhalt und Umfang dieser bestimmt wird, ist lediglich Sache des Gesetzes. Wenn gewisse Gebäude noch bei Privatgesellschaften versichert werden können, so zwingt das nicht zur Annahme, daß auf dem monopolisierten Gebiet noch private Verträge weiter bestehen können. Verstaatlicht ist verstaatlicht; ob konsequent oder inkonsequent, ist rechtlich gleichgültig.

In der Argumentation von Professor Roelli[2]) gegen die Vereinbarkeit von § 53 mit Bundesverfassung Art. 31 kommt außer der Einengung des Begriffs Monopol auch noch das Moment in Betracht, daß dem § 53 rückwirkende Kraft zugeschrieben sei, da er sich auf Geschäfte beziehe, die aus einer Zeit herrühren, in welcher die Gewerbefreiheit noch nicht durch das Monopol ausgeschlossen gewesen sei. Dieses Argument beruht allerdings auf einem im Vorhergehenden zurückgewiesenen Gedanken, der Identifizierung von Monopol und Konkurrenzverbot; aber auch wenn diese Annahme richtig wäre, so könnte dem § 53 doch keine Rückwirkung zugeschrieben werden. Der § 53 bezieht sich nicht auf die Vergangenheit und statuiert nicht für diese Wirkungen aus der Gegenwart heraus, sondern er läßt die laufenden Versicherungsverträge bis zu dem Zeitpunkt der Betriebseröffnung der staatlichen Anstalt völlig unberührt und hebt sie dann auf, aber nicht dadurch, daß er in sie einen Endigungsgrund ex lege hineinlegt, der nicht von Anfang an darin gelegen hätte, sondern indem er die Verträge tels quels Kraft des auf dem Monopol beruhenden Ausschlußrechtes für die Zukunft aufhebt. Eine Rückwirkung soll nun nach Professor Roelli darin liegen, daß Geschäfte, die unter der Herrschaft der Gewerbefreiheit abgeschlossen worden sind, nicht unter dieser verbleiben. Er postuliert also die Fixierung der subjektiven Rechtssphäre für die Zukunft gegenüber der zukünftigen Gesetzgebung. Nach den vorstehenden

[2]) Gutachten S. 17/18.

Ausführungen bedeutet aber Gewerbefreiheit gar nicht das Recht auf eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit weder für die Gegenwart, noch viel weniger für die Zukunft, sondern Freiheit von unnötigen polizeilichen Beschränkungen; sie kann sich somit nur auf den Abschluß der Versicherungsverträge, nicht aber auf deren Bestand beziehen. Könnte man staatliche Maßregeln deshalb als die Gewerbefreiheit verletzend betrachten, weil sie eine Veränderung von Zuständen bedingen, die sich befestigt haben in einer Zeit, als keine oder geringere Beschränkungen der Gewerbefreiheit bestanden, und wäre deshalb die Gesetzgebung gezwungen, ihre Beschränkungen nur auf neu zu errichtende Betriebe zu beschränken, so wäre der Wert der Gesetze meistens gleich Null. Die Gewerbefreiheit bezieht sich, weil sie eben allein die Ausübung der Gewerbe betrifft, nur auf die Gegenwart; wird ein bisher privates Wirtschaftsgebiet ausgeschaltet, so kann man nicht auf sie zurückgreifen; die Gewerbefreiheit bildet nicht die Grundlage von jura quaesita und schafft keinen Anspruch auf Erhaltung eines früheren Zustandes, denn sonst wäre es den Einzelnen möglich, durch beliebig langfristige Geschäfte den zeitlichen Herrschaftsbereich künftiger Gesetze nach Belieben zu verengern.

b) Eine zweite Norm des Bundesrechts, welche allenfalls als durch § 53 verletzt erachtet werden könnte, ist der Artikel 4 der Bundesverfassung, welcher durch die extensive Interpretation seitens des Bundesgerichtes dem Individuum Schutz gegen willkürliche und offenbar ungerechte Akte der kantonalen Staatsgewalt und zwar sowohl der gesetzgebenden als der verwaltenden und rechtssprechenden Gewalt gewährt. Vorerst ist hier zu konstatieren, daß dem Artikel 4 nicht der Charakter einer Eigentums- und Privatrechtsgarantie zukommt. Vom Standpunkt des Bundesrechts muß es unbedingt als zulässig betrachtet werden, daß durch auf verfassungsmäßiger Grundlage stehende Akte der Staatsgewalt subjektive Rechte aufgehoben werden. Der Bund selbst kennt keine verfassungsmäßige Eigentumsgarantie und vindiziert sich selbst das Recht, über Privatrechte in seinen Gesetzen hinwegschreiten zu können.[1])

Eine Willkür kann nun offenbar da nicht vorliegen, wo das Gesetz eine Ordnung einführt, welche bisherige Rechte beseitigt ohne dabei gegen bestimmte Personen oder Personenklassen gerichtet zu sein, denn die Zweckmäßigkeit legislatorischer Maßnahmen ist nicht durch den Richter zu prüfen.

[1]) Blumer-Morel, l. c. II, S. 84 f. Burckhardt, Kommentar S. 91.

Fast jedes Gesetz bringt Verletzungen von individuellen Rechten; die Privatrechtsgesetze zerstören gesetzliche Pfandrechte und Servituten, vernichten Rechte durch Einführung zerstörlicher Einreden, Verwaltungsgesetze machen Verträge zu nichte dadurch, daß sie für die Ausübung gewisser Tätigkeiten Qualifikationen vorschreiben, Verkauf gewisser Waren verbieten, die Verwendung von Grund und Boden, Gebäuden 2c. für einzelne Zwecke, denen sie bis anhin dienten, verbieten u. s. w. Daß alle Verwaltungsgesetze im Zweifel sofort und für alle von ihnen betroffenen Verhältnisse gelten, ist gewiß, denn wenn das Gesetz warten müßte, bis alle ihm entgegenstehenden Zustände nach Maßgabe des früheren Rechts ein Ende genommen, so würde dadurch nicht nur das Gesetz illusorisch, sondern auch die größte Ungerechtigkeit entstehen. Die Ueberlegung der Konsequenzen, die aus der Unverletzlichkeit sogenannter wohlerworbener Rechte gegenüber der Gesetzgebung sich ergeben würden, zwingt zu der Annahme, daß, auch auf die Gefahr der Härte und materieller Ungerechtigkeit der Maßregel hin, der Gesetzgeber ohne Rücksicht auf bestehende Rechte muß legiferieren können.[1])

Von diesen Fällen sind allerdings zu unterscheiden diejenigen, in denen der Gesetzgeber sich an bestimmte Individuen wendet und konkrete Individualrechte aufhebt entweder durch Vernichtung des Objektes des Rechts, z. B. Zerstörung der Sache, welche im Eigentum des Privaten gestanden hat, oder durch Uebertragung des Rechts auf den Staat oder einen Dritten. Es ist offenbar nicht dasselbe, ob einem auf Grund eines bestehenden Gesetzes eine Sache weggenommen wird, sei es z. B. durch Konfiskation gemäß einer Bestimmung des Strafrechts, sei es auf Grund allgemeiner polizeilicher Ermächtigung, wie beispielsweise bei der Vernichtung von Eigentum aus sanitären polizeilichen Gründen[2]), oder ob ein Gesetz ein bestimmtes Objekt oder eine bestimmte Kategorie solcher als konfisziert, als Staatseigentum oder Eigentum eines Dritten erklärt. Es ist auch nicht dasselbe, ob das Gesetz gewisse Arten von Verträgen, auch bestehende, als weiterhin rechtlich nicht mehr gültig bezeichnet, oder ob solche Verträge aufgehoben werden, damit der Staat an Stelle des aufgehobenen Vertrags ein Rechtsverhältnis begründe, in welchem er oder ein staatlicher Verwaltungskörper als Subjekt figurieren.

---

[1]) Fischer, l. c. 186 und die dort zitierten zahlreichen Entscheide des B. G. Burckhardt, Kommentar S. 860, mit ausführlicher Zitierung der bundesgerichtlichen Praxis.

[2]) Fischer, l. c. S. 187.

Wenn der Gesetzgeber entweder mangels einer besondern Verfassung oberste Instanz im Staate ist oder die Verfassung keinen rechtlichen Schutz gegenüber dem Gesetzgeber genießt, so kommt es formell auf dasselbe heraus, ob das Gesetz eine allgemeine Norm aufstelle oder in konkrete bestehende Rechte einzeln eingreife. Es mag dann eine tatsächliche Ungerechtigkeit begangen werden, aber ein Rechtsmittel dagegen ist nicht gegeben, ja überhaupt undenkbar.

Der bündnerische Gesetzgeber ist aber nicht souverän, er ist nicht oberste Rechtsquelle, auch nicht in Dingen, in welchen die Kantone noch sogenannt souverän sind, sondern er muß sich vielmehr eine Nachprüfung seiner Gesetze durch den Bund gefallen lassen. Allerdings ist diese Nachprüfung auf offenbare Willkür und Ungerechtigkeit beschränkt. Der kantonale Gesetzgeber darf also kein offenbar unrichtiges Recht setzen, d. h. Recht, welches mit dem Grundgedanken des Rechts nicht zusammenstimmt[1]).

Während eine ganze Reihe bundesgerichtlicher Urteile ergangen sind in Fällen, in welchen der Grundsatz der Gleichheit in Bezug auf öffentliche Rechte und Pflichten (Stimmrecht, Steuerpflicht 2c.) als verletzt behauptet wurde, ist u. W. kein Entscheid gefällt worden über einen Rekurs, der Aehnlichkeit mit einem eventuell durch § 53 herbeigeführten Rechtsstreit hätte, denn die zahlreichen Rekurse wegen Verletzung von Privatrechten stützen sich auf die kantonalen Eigentumsgarantien und nicht auf Art. 4 der Bundesverfassung. Das Bundesgericht steht in diesen Entscheiden auf dem Standpunkt, daß, mangels ausdrücklicher Vorschrift Privatrechte „gegen Aufhebung durch Rechtssatz nicht geschützt sind, wohl aber, in ausdehnender Auslegung der Eigentumsgarantie, gegen willkürliche Eingriffe der Staatsgewalt“ [2]).

Für die Prüfung der Frage, ob Bundesverfassung Art. 4 verletzt ist, ist es nötig, die Natur der verletzten Rechte näher zu untersuchen. In der Diskussion über die Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte wird bald ausdrücklich, bald stillschweigend ein Unterschied gemacht zwischen denjenigen Rechten, welche einen unmittelbar abschätzbaren Wert haben, und denjenigen, welche einen solchen nicht haben. Zu letztern gehören alle subjektiven öffentlichen Rechte, auch diejenigen, welche für einzelne Personen indirekt einen ökonomischen Wert haben, wie z. B. das Recht zur Ausübung eines Gewerbes. Zu den abschätzbaren Rechten gehören vor allem die vermögens-

[1]) Stammler, die Lehre vom richtigen Recht.

[2]) Burkhardt, Kommentar S. 861.

rechtlichen Privatrechte, in erster Linie das Eigentum, aber auch solche öffentliche Rechte, welche einen unmittelbaren vermögenswerten Inhalt haben, wie Bahn- und Wasserkonzession, Steuerprivilegien 2c. Diese öffentlichen Rechte werden heute immer noch von der herrschenden Auffassung und auch vom Bundesgericht als Privatrechte betrachtet[1]). Diese Auffassung, wie überhaupt die Sonderstellung der Privatrechte unter den subjektiven Rechten als wohlerworbener Rechte hat eine doppelte Wurzel. Vor allem sind es Ideen des vorrevolutionären Polizeistaates, die hier, wie überhaupt in unserer ganzen, überall von zivilistischen Anschauungen beherrschten Rechtsauffassung, sich geltend machen. Vor Einführung des Rechtsstaats war das subjektive Privatrecht, das „wohlerworbene Recht", die Zufluchtstätte der persönlichen Freiheit, und so erklärt es sich, daß man geneigt war, möglichst weit den Begriff des Privatrechts auszudehnen und ihn juristisch nach Kräften zu befestigen, weil vor ihm allein der absolute Staat in der Form des Fiskus sich beugte. Ein zweites Moment, das auch heute noch seine Berechtigung hat, ist das, daß die Privatrechtssphäre in einem loseren Verhältnis zum Staat steht als die übrige Rechtsordnung, und daß das subjektive auf Rechtsgeschäft beruhende Privatrecht nie der Staatsordnung unmittelbar im Wege steht, diese es deshalb auch respektieren kann und soll. Auch die Theorie von der Priorität des Rechts insbesondere des Privatrechts vor dem Staat, und von dem Rechtsschutzzweck des Staates haben die Bevorzugung der sogenannten wohlerworbenen Rechte zu einer Ueberzeugung werden lassen, welche auch heute, wie die Eigentumsgarantien in vielen Kantonsverfassungen beweisen, keineswegs überwunden ist.

Wenn es sich nun frägt, ob die Vernichtung eines sogenannten wohlerworbenen Rechts durch einen Akt der Gesetzgebung willkürlich sei oder nicht, so ist es nicht gleichgültig, unter was für Umständen und zu welchem Zwecke dies geschieht[1]). Einmal kann ein solches Privatrecht durch einen Akt einer Staatsbehörde oder unter Genehmigung einer solchen begründet sein, so z. B. Staatsschuldentitel, Wasserrechtskonzessionen und dergleichen. Wenn solche subjektiven Rechte auf einem Rechtsverhältnis beruhen, in welchem der Private nicht nur als Berechtigter, sondern auch als Ver-

[1]) Burckhardt, Kommentar S. 832 ff. mit den Entscheidungen des Bundesgerichts. Fischer, l. c. S. 186. Fleiner, l. c. S. 407 f. Huber, das Wasserrecht, in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. XII, S. 145 ff.

[1]) Fischer, l. c. S. 178.

pflichteter erscheint, der z. B. für eine Konzession von bestimmter oder unbegrenzter Dauer eine Summe erlegt hat, so würde es offenbar dem Wesen eines Rechtsverhältnisses widersprechen, wenn der eine Beteiligte das ausdrücklich Zugesagte einseitig einfach wieder zurücknehmen könnte. Es ist zwar nicht richtig, staatsrechtlich gedacht, vom einen Vertrage zwischen Staat und Bürger beim Konzessionsakt oder auch bei der Schuldaufnahme des Staats zu sprechen, aber es liegt doch in diesen Verhältnissen etwas, was dem Vertrag wesentlich ist, das Moment der gegenseitigen Bindung beider Willen, die nur wieder durch Willenseinigung normalerweise gelöst werden kann. Daß dies auch für die vertragsähnlichen Verwaltungsakte gilt, fordert Treu und Glauben.

Sodann ist es erheblich, zu welchem Zwecke ein Privatrecht, gleichviel ob es unter oder ohne Mitwirkung von Staatsorganen entstanden ist, vom Gesetzgeber aufgehoben wird. Wird es nicht in einem allgemeinen öffentlichen, d. h. unmittelbar auf einem materiellen Staatszweck wie Wohlfahrt, Sicherheit u. s. w. beruhenden Interesse aufgehoben, sondern aus fiskalischen Gründen, so liegt auch offenbar unrichtiges Recht vor. Wenn auch das Privatrecht stets den öffentlichen Interessen weichen muß, so muß es doch nur diesen weichen und der Vermögenserwerb, auch für den Staat, repräsentiert kein öffentliches Interesse. Das zeigt sich in voller Deutlichkeit darin, daß fiskalische Monopole als mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit unvereinbar gelten.

Beide Momente, Aufhebung eines durch Staatsakt begründeten Privatrechts und Aufhebung in fiskalischem Interesse können zusammentreffen, z. B. bei Aufhebung einer Konzession vor deren Ablauf unter Mißachtung der Rückkaufsbedingungen, Herabsetzung des Zinsfußes von Staatsanleihen oder Aufhebung der Kapitalschuld selbst.

Wenn der Gesetzgeber eines souveränen Staates unter solchen Umständen objektive Rechte aufhebt, so verletzt er zwar sein positives Landesrecht nicht, aber er setzt sich doch mit dem Wesen des Rechts in Widerspruch, ja er setzt sich in Widerspruch mit dem Völkerrecht. Denn es ist anerkanntes internationales Gewohnheitsrecht, daß ein Staat gegenüber einem andern intervenieren kann wegen Rechtsverweigerung und als solche ist jede willkürliche Aufhebung von Privatrechten durch den Staat zu betrachten. Aus der Existenz der völkerrechtlichen Verpflichtung des Staates folgt, daß er sich, beziehungsweise seinen Organen auch staatsrechtlich versagen muß, was er völkerrechtlich nicht tun darf. Was nun aber bei

souveränen Staaten staatsrechtlich lex imperfecta ist, wird sanktioniertes Recht, wo der Gesetzgeber unter der Kontrolle eines übergeordneten Gemeinwesens steht. Es darf wohl als sicher angenommen werden, daß der Bund im Rechtsschutz mindestens soweit geht als das Völkerrecht; er muß dies schon tun mit Rücksicht auf das Verbot der Selbsthülfe unter den Kantonen. Aber auch ganz abgesehen von diesen Erwägungen, ist es hauptsächlich der Grundsatz der Gleichheit, welcher dem willkürlichen Entzug von Privatrechten entgegensteht, denn wenn es unzulässig ist, aus unerheblichen, nicht in der Person des Betroffenen liegenden Gründen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Unterschiede zu machen, so kann dies ebenso wenig auf demjenigen der subjektiven Privatrechte der Fall sein. Eine Aberkennung von durch den Staat begründeten Privatrechten oder eine Aberkennung im fiskalischen Interesse müßte offenbar als eine Willkür und damit als Verletzung des Art. 4 der Bundesverfassung betrachtet werden. Noch mehr müßte eine solche Aberkennung als unvereinbar mit der von der Kantonsverfassung ausgesprochenen Unverletzlichkeit der Privatrechte gelten und als willkürliche Interpretation dieses Verfassungsgrundsatzes erscheinen.[1]) Eine solche grundsätzliche Einschränkung der Gesetzgebung ist durch Natur und Zweck des Rechtsstaats geboten und entspricht auch allein der lebendigen Rechtsüberzeugung. Die Abschüttelung ausdrücklich übernommener Pflichten oder die Aufhebung von Rechten im fiskalischen Interesse steht juristisch auf dem gleichen Boden, wie die Zahlungsverweigerung des Staates; auch die Staatsschuldenverschreibung kann nur insolange als eine privatrechtliche Verbindlichkeit gelten, als der Staat als Fiskus ein dem Privatrecht unterworfener Kontrahent des Darlehensvertrages sein will. Diese privatrechtliche Eigenschaft kann er formell in jedem Augenblick durch Gesetz ablegen. Daß er dies aber nicht tun soll und darf, dürfte wohl kaum bezweifelt werden. Nur wenn die vom Staat übernommenen Verpflichtungen oder die durch ihn begründeten Rechte Dritter mit den Aufgaben des Staates unvereinbar werden, wenn ein staatlicher Notstand vorliegt, darf er, ohne sich in Gegensatz zu seinem eigenen Wesen zu setzen, jedes subjektive Recht vernichten. Das Zutreffen der Voraussetzungen eines solchen Vorgehens läßt sich aber nur politisch bestimmen; solche Aufhebungen von Rechten sind revolutionäre Akte, die bisweilen notwendig, nicht aber juristisch begründbar sind.

---

[1]) B. G. Entsch. XXII, S. 1022 und dort zitierte Entscheide, XXIII, S. 1022.

Es war nötig, die Schranken der kantonalen Gesetzgebung gegenüber den subjektiven Rechten näher zu untersuchen, weil in der These, daß der Gesetzgeber nicht schlechthin subjektive Rechte als beseitigt erklären könne, etwas Richtiges liegt, es aber anderseits erforderlich war, die Behauptung auf ihr richtiges Maß zu reduzieren. Nunmehr ist zu untersuchen, ob der § 53 unter die anfechtbaren Normen fällt. In erster Linie ist festzustellen, daß die durch die Versicherungsverträge zwischen Privaten im Kanton Graubünden und den dort tätigen Versicherungsgesellschaften begründeten subjektiven Rechte Privatrechte sind, somit auch unter die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie fallen. Fraglich könnte höchstens sein, ob sogenannte wohlerworbene Rechte vorliegen oder bloße Chancen; es ist aber das erstere der Fall. Das subjektive Recht der Gesellschaften besteht in dem Anspruch an den Versicherten auf Bezahlung der Prämie, es ist dies keine bloße Expektanz, sondern in der Regel eine in bestimmten Intervallen während der Vertragsdauer fällige Forderung. Daß beim Ausbleiben von Brandschaden die Prämie, abzüglich der Geschäftsspesenquote, Reingewinn der Gesellschaft ist, während beim Eintritt der Entschädigungspflicht die Prämie nur einen Bruchteil des Schadens deckt, ist irrelevant; das Forderungsrecht der Gesellschaft ist stets dasselbe. Nicht die Chance, keine Entschädigung zahlen zu müssen, sondern die Prämie fordern zu können, ist das durch § 53 aufgehobene subjektive Recht der Gesellschaften. Daß diesem Recht die Entschädigungspflicht gegenübersteht, hebt den Anspruch der Gesellschaft nicht auf, denn erstens muß die Prämie außer Risikodeckung und Spesen auch noch den Gewinn enthalten und zweitens kann nicht jede einzelne Prämienforderung einem bestimmten Risiko gegenübergestellt werden, sondern die Totalität der Prämienansprüche ist basiert auf das Gesamtrisiko der Gesellschaft, beziehungsweise des betreffenden Versicherungszweiges. Die Möglichkeit, daß unter Umständen die Gesellschaften im Kanton Graubünden ein Mehrfaches sämtlicher dort per Jahr bezogenen Prämien an Entschädigungen auszuzahlen hätten, macht die Prämienansprüche gegenüber den bündnerischen Versicherten nicht zu bloßen Gewinnchancen; der Versicherungsvertrag ist kein aleatorisches Geschäft, weil die Bildung von Gefahrgemeinschaften und die räumliche und zeitliche Verteilung der Gefahr für das Versicherungsgeschäft gerade wesentlich ist.

Ist auch das durch § 53 aufgehobene Privatrecht der sichere Anspruch auf die Prämienzahlung, so kommt bei der Beurteilung der Frage, ob durch die Aufhebung der Verträge den Gesellschaften ein ungerechtfertigtes Opfer

auferlegt wird, dieser Prämienanspruch nur soweit in Betracht, als ein rechtlich zu schützendes Erfüllungsinteresse vorliegt. Nach den Grundsätzen des Expropriationsrechts, welche, sofern eine Ausmessung eines Schadens überhaupt in Frage käme, bei der Aufhebung der Verträge durch § 53 allein analogieweise anwendbar wären, wird für bloße Gewinnchancen Ersatz nicht geleistet.[1]) Soweit das Interesse an der Prämienzahlung nicht ein solches an der Deckung der Spesenquote und an der Teilnahme der Gefahrengemeinschaft darstellt, ist es Gewinninteresse und deshalb nicht geschützt gegenüber Eingriffen im öffentlichen Interesse.

Wie in dem Gutachten von Prof. Rölli ausgeführt ist, hebt § 53 nicht allein Rechte der Versicherungsgesellschaften, sondern auch solche der Versicherten auf. Der Anspruch auf Entschädigung im Schadenfall ist nicht ein bloßes jus quærendum, sondern ein jus quæsitum. Da aber durch das kantonale Brandversicherungsgesetz den Versicherten nicht nur der Anspruch auf Entschädigung durch die Privatgesellschaft genommen, sondern gleichzeitig ein wesentlich gleicher gegen die staatliche Anstalt gegeben wird, so kann, wenn die Rechte und Pflichten des Versicherten im wesentlichen die gleichen bleiben, von einer Verletzung eines Privatrechts nicht gesprochen werden.

Wenn nunmehr als sicher gelten kann, daß § 53 in der Tat Privatrechte aufhebt, so ist zu untersuchen, ob ihre spezielle Art oder der Zweck der Aufhebung letztere als rechtswidrig erscheinen läßt. Vorerst ist sicher, daß die Versicherungsverträge weder vom Staate abgeschlossen noch von ihm irgendwie genehmigt sind. Daß die bundesrätliche Bewilligung zum Geschäftsbetrieb nicht eine spezielle bundesrechtliche Garantierung der einzelnen Verträge bedeutet, sondern lediglich die gewerbepolizeiliche Bewilligung der Zulassung zum Gewerbebetrieb bedeutet, geht aus den bei der Kompetenzfrage erörterten Umständen hervor. Das Versicherungsgewerbe ist ein grundsätzlich freies Gewerbe und die von den Gesellschaften abgeschlossenen Verträge genießen keinen andern Rechtsschutz als irgendwelche andern Privatverträge.

Es könnte also die Unaufhebbarkeit allenfalls noch aus dem Zweck der Aufhebung resultieren. Die Gesellschaften dürften voraussichtlich geltend machen, daß der § 53 erlassen sei, damit die staatliche Anstalt nicht nur mit den vorwiegend schlechteren Risiken während der ersten Jahre zu

---

[1]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 355 f.

arbeiten habe, es sei also ein fiskalisches Interesse ausschlaggebend und es komme auf dasselbe heraus, ob der Staat sich direkt einen Vorteil aneigne oder ob er ein Privatrecht aufhebe, um einem Nachteil zu entgehen. Eine solche Argumentation ist aber nicht zutreffend. Nach unsern früheren Ausführungen ist die Aufhebung der laufenden Verträge durch das Monopol begründet, welches die Immobiliarbrandversicherung in dem vom Gesetze normierten Umfang aus einem Objekt der Privattätigkeit zu einer öffentlichen Verwaltungsfunktion erhebt, für welche schlechthin Privatgeschäfte ausgeschlossen sind. Und sodann löscht der Staat die laufenden Verträge nicht aus, um sich zu bereichern. Die aus den an die Anstalt zu bezahlenden Prämien der bisherigen Versicherten resultierenden Gewinne fließen ja nicht dem Fiskus, sondern einem anstaltlichen Sondervermögen zu, welches ausschließlich einem staatlichen Wohlfahrtszwecke dient. Allerdings müßte der Kanton ein etwas größeres Dotationskapital hergeben oder es würde seine subsidiäre Haftung erschwerender sein, wenn die Anstalt zunächst nur mit den bisher unversicherten Objekten zu tun hätte. Insofern hat der Kanton ein finanzielles Interesse an der Aufhebung der Verträge, aber doch nur ein entferntes und indirektes. Es ist nicht dasselbe, ob der Kanton sich einen Wert aneignet beziehungsweise eine Verbindlichkeit abschüttelt, oder ob er eine öffentliche Anstalt auf eine mehr oder weniger sichere finanzielle Basis stellt. Der finanzielle Vorteil ist überhaupt nicht Zweck des § 53, sondern lediglich notwendige Folge des durch §§ 8 und 53 umschriebenen Monopols.

Kann nach dem Gesagten weder in der Natur der aufgehobenen Rechte noch im Zweck ihrer Aufhebung ein Moment gefunden werden, welches den § 53 als willkürlich erscheinen läßt, so ist noch zu konstatieren, daß auch darin keine Willkür liegt, wie der § 53 den Umfang seiner Wirkung bestimmt. Es werden die Verträge aller Versicherungsgesellschaften durch eine allgemeine Vorschrift gleich behandelt und es werden alle Verträge aufgehoben, soweit sie nicht die in § 6 des Gesetzes genannten Objekte betreffen. Daß diese schlechtesten Risiken ausgeschlossen sind, ist materiell gerechtfertigt und ist jedenfalls keine Willkür gegen die Versicherungsgesellschaften, da diese ja nicht gezwungen sind, Versicherungen für die vom Staat nicht versicherten Objekte aufzunehmen; zudem sind die Gesellschaften bei den bereits versicherten schlechtesten Risiken durch besonders hohe Prämien gedeckt. Der Umfang des Monopols ist ausschließlich nach allgemein volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt; es sind die Gebäude

der staatlichen Anstalt unterstellt, an deren Versicherung ein öffentliches, nur durch eine allgemeine staatliche Versicherung zu befriedigendes Interesse besteht. Würde der Staat unter abnorm ungünstigen Verhältnissen die schlechtesten Risiken allein versichern, so könnte darin unter Umständen auch wieder eine Ungleichheit zu Gunsten der einen auf Kosten des Staatsvermögens erblickt werden.

Es bliebe somit nur noch eine Möglichkeit für die Willkürlichkeit des § 53, nämlich die Nichtberücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Versicherungswesens. Da der Versicherer gezwungen ist, das Risiko auf eine größere Zahl von versicherten Objekten und auf kürzere oder längere Zeitperioden zu verlegen, so hat er ein Interesse daran, daß diese so gebildeten Gefahrsgemeinschaften intakt bleiben, weil sie die Grundlage seiner Kalkulationen bilden. Eine Gefährdung der Grundlagen eines Versicherungsunternehmens und eine willkürliche Behandlung könnte vielleicht vorliegen, wenn, ohne daß hiefür offenbare Gründe der öffentlichen Wohlfahrt vorlägen, den Versicherungsunternehmungen z. B. nur die allerbesten Risiken weggenommen oder die Verträge aufgehoben würden, nachdem die Gesellschaft exzeptionelle Entschädigungen hätte zahlen müssen. Wenn aber, wie es durch § 53 geschieht, unter normalen Verhältnissen ein geographisch ziemlich ausgedehntes Gebiet den Privatversicherungsgesellschaften entzogen wird, so daß das Verhältnis der Summen der Prämien und der Entschädigungen, welche in einem gewissen Zeitraum aus dem betreffenden Gebiet bezahlt, beziehungsweise dorthin abgegeben worden sind, annähernd dem Verhältnis der Prämien und Entschädigungen im gesamten Unternehmen entspricht, so kann wohl kaum von einer willkürlichen Mißachtung der besonderen Verhältnisse des Versicherungswesens gesprochen werden. Jedenfalls liegt es den Versicherungsgesellschaften ob, den Nachweis der Willkür des Gesetzgebers zu erbringen. Vermutet wird die Willkür nicht. Professor Rölli sagt, daß die Kantone ihr Versicherungsmonopol auch auf andere Zweige der Versicherung ausdehnen und so das ganze Versicherungsgewerbe der Willkür und dem Zufall preisgeben könnten. Es würde sich eben dann zeigen, daß, wenn Willkür vermieden werden soll, nicht alle Versicherungen im Falle einer Monopolisierung gleich behandelt werden könnten. Versicherungen, die sich auf ein ungewisses Ereignis wie Brand, Unfall rc. beziehen, können wenigstens im Prinzip jederzeit unterbrochen werden, während eine einfache Aufhebung von Lebensversicherungsverträgen notwendigerweise eine willkürliche Behandlung der

Versicherten darstellen müßte. Es kann deshalb nicht aus dem Umstand, daß eine Behandlung aller Versicherungsverträge, wie sie § 53 vorsieht, notwendigerweise in vielen Fällen ungerecht wäre, die Unzulässigkeit des § 53 gefolgert werden.

Die Interpretation des Art. 4 ist eine solche des Billigkeitsrechts, auf das man sich, nebenbei bemerkt, auch nur dann berufen kann, wenn die privaten Verträge nicht in fraudem eines künftigen Gesetzes abgeschlossen worden sind.

C. Die Entschädigungsfrage.

1. Die Entschädigung als Folge der Rechtsbeständigkeit des § 53.

Nachdem wir die Kompetenzfrage bejaht und sodann festgestellt haben, daß weder im kantonalen noch im eidgenössischen Recht eine Vorschrift materiellen Inhalts besteht, welche den § 53 als nicht rechtsbeständig erscheinen ließe, ist zu prüfen, ob die Kontrahenten der aufgehobenen Verträge, insbesondere die Versicherungsgesellschaften, für den ihnen aus der Aufhebung erwachsenen Schaden, in dem oben S. 26 bezeichneten Umfang, Ersatz vom Staate verlangen können. Der § 53 in der gegenwärtigen Redaktion sagt, daß die Verträge ohne Entschädigung aufgehoben seien. Damit ist einmal festgelegt, daß jedenfalls kein kantonales Gericht eine Schadenersatzklage gegen den Fiskus annehmen kann, denn die kantonalen Gerichte haben keine Gesetze auf deren Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Es könnte also nur das Bundesgericht in der Lage sein, eine Entschädigung zuzusprechen. Damit es dies tun kann, muß es sein Urteil auf eine Norm stützen können, welche den Staat für die Aufhebung von Privatrechten entschädigungspflichtig macht. Da der kant. Gesetzgeber die Entschädigung in § 53 ausschließt, so könnte der Entschädigungsanspruch sich nur auf die kantonale Verfassung oder auf Bundesrecht stützen. Die Existenz eines kantonalen Gewohnheitsrechtes wäre unerheblich, da diesem doch bloß die Kraft eines Gesetzes zukäme, es also dem neueren geschriebenen Recht nicht vorgehen könnte. Kantonales Gewohnheitsverfassungsrecht ist unmöglich, wegen der infolge der Genehmigung durch den Bund formellen Natur der Kantonsverfassungen.

Wenn ein Privater oder eine Korporation wegen Verletzung eines subjektiven Rechts, sei es eines Privatrechts oder eines öffentlichen Rechts,

z. B. der persönlichen Freiheit im Fall ungerechtfertigter Verhaftung, von dem Kanton Schadenersatz verlangt, so ist dieser Anspruch vom Bundesgericht, als Zivilgericht, auf Grund von Bundesverfassung Art. 110 zu beurteilen. Da nach Art. 76 des Obligationenrechts das kantonale Gesetz die Entstehung von Schuldverpflichtungen aus öffentlich-rechtlichen Gründen regelt und im vorliegenden Falle die Entschädigung ausdrücklich ausschließt, könnte das Bundesgericht die Entschädigung nach kantonalem Recht nur auf Art. 9, Alinea 4 der Kantonsverfassung gründen. Diese Verfassungsvorschrift spricht aber nicht von Entschädigung, sondern statuiert lediglich die Unverletzlichkeit, im Gegensatz z. B. zur Zürcherverfassung, welche die Privatrechte als unverletzlich erklärt, es sei denn, daß sie im öffentlichen Interesse gegen gerechte Entschädigung aufgehoben werden. Nun ist es denkbar, daß die Verfassung von Graubünden dasselbe meint, wie die zürcherische Verfassung [1]; um dies zu beweisen, müßte aber dargetan werden, daß entweder die Eigentumsgarantie begrifflich die Entschädigungspflicht in sich begreife, oder daß der kantonale Gesetzgeber durch seine Gesetzgebung stillschweigend diese Entschädigungspflicht als verfassungsmäßige Pflicht des Staates anerkannt habe. Beide Beweise sind nicht möglich, denn wie oben gezeigt wurde, kann die Eigentumsgarantie, wie die andern Grundrechte, welche die Verfassung aufstellt, auch lediglich den Sinn haben, daß diese Grundsätze für die Gesetzgebung wegleitend sein sollen, daß der Gesetzgeber aber — jedoch nur er — die verfassungsmäßigen Rechte beschränken könne. Nachweisbar ist auch nicht eine vom Gesetzgeber stillschweigend anerkannte Pflicht der Entschädigung, dem widersprechen die oben Seite 14 f. angeführten Gesetze. Endlich ist noch zu bemerken, daß der kantonale Gesetzgeber solange vom Bund als authentischer Interpret der Kantonsverfassung betrachtet wird, als er sich nicht in offenbaren Widerspruch zu dieser setzt. Wenn also der Gesetzgeber in § 53 die verfassungsmäßige Eigentumsgarantie interpretiert und dabei sich weder mit dem Begriff der Eigentumsgarantie noch mit seiner sonstigen Gesetzgebung in Widerspruch setzt, so kann der Entschädigungsanspruch sich nicht auf kantonales Recht stützen.

Es bleibt somit nur das Bundesrecht als denkbare Grundlage eines Anspruchs auf Entschädigung. Bundesrechtlich sind für diese Ansprüche zwei verschiedene Fundamente möglich, sofern man nicht die Anwendung des Obligationenrechts als von vornherein durch Art. 76 Obligationenrecht

[1]) Fleiner, Gutachten S. 4/5.

ausgeschlossen betrachtet. Entweder wird die Klage auf zivilrechtliche Normen (Vertrag oder Delikt) gestützt, oder auf öffentlich-rechtliche (Gesetz oder Verfassung).

Was die zivilrechtlichen Grundlagen anlangt, so ist es klar, daß eine kontraktliche Haftung des Kantons der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist. Es wäre also nur eine zivilrechtliche Haftung aus widerrechtlicher Handlung denkbar. Die Widerrechtlichkeit des Erlasses des § 53 könnte bestehen in einem Widerspruch dieser Bestimmung zur Kantonsverfassung oder zum Bundesrecht. Dabei frägt es sich aber, ob überhaupt eine zivilrechtliche Haftung des Staates für Akte der Gesetzgebung besteht. Diese Frage ist entschieden zu verneinen[1]) trotz vereinzelter bundesgerichtlicher Entscheidungen, welche auf dem entgegengesetzten Standpunkte stehen.[2])

Die Bestimmungen des Obligationenrechts sind privatrechtlich, können also den Staat als Herrschaftssubjekt nicht betreffen, es sei denn, daß dies ausdrücklich bestimmt sei. Damit stimmt Art. 64 des Obligationenrechts überein, welcher nur für die fiskalischen Betriebe die Normen des Zivilrechts zwingend erklärt, während es den Kantonen gestattet ist, über die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte und Angestellte in ihren amtlichen Funktionen verursachen, abweichende Normen aufzustellen. Die Haftung des Staates für seine öffentlichen Beamten besteht nur, soweit das kantonale Recht dies bestimmt; auch für seine obersten Organe haftet der Staat im Zweifel nicht. Das kann als die unbedingt herrschende Lehre gelten. Das Bundesgericht hat sich in einigen Urteilen auch auf diesen Standpunkt gestellt, in andern aber wieder eine richterliche Prüfung der Rechtsmäßigkeit staatlicher, auch gesetzgeberischer Akte angenommen. Es ist dies insbesondere die Entscheidung in Sachen Meyer und Keller gegen Bundesfiskus,[3]) wo gesagt ist, daß es unzweifelhaft sei, daß das Bundesgericht die Verfassungsmäßigkeit eines Bundesbeschlusses prüfen könne, wenn die Entscheidung dieses Punktes Voraussetzung der Zivilklage sei. Diese Begründung enthält eine petitio principii und ist gänzlich unhaltbar. Bevor ein Zivilgericht die Widerrechtlichkeit eines

---

[1]) Blumer-Morel, l. c. II, S. 82 f. und dort zitierte Literatur Anschütz, l. c. S. 25 ff.

[2]) XVII, S. 553, XVIII, S. 422, XXIX, 2, S. 440 ff. Obwohl diese Entscheidungen sich nicht auf Gesetzgebungsakte beziehen, haben die gegebenen Begründungen doch allgemeinere Bedeutung.

[3]) B. G. Entsch. XXII, S. 629.

Staatsaktes, sei es eines legislativen oder administrativen untersucht, hat es die Frage zu prüfen, ob überhaupt eine Haftbarkeit des Staates besteht für durch seine Organe verursachten Schaden. Diese Frage kann nur bejaht werden, wenn der Staat als Fiskus, z. B. bei gewerblichen Betrieben wie eine Privatperson auftritt, d. h. wenn es aus den Umständen oder aus ausdrücklicher Satzung ersichtlich ist, daß der Staat dem Privatrecht unterworfen sein will. Das trifft nun aber offenbar nicht zu bei dem § 53, denn dieser wird vom bündnerischen Gesetzgeber auf Grund seiner hoheitlichen Kompetenz zur Errichtung des Monopols erlassen, und nicht etwa als Inhaber eines bereits bestehenden Monopols in Ausübung gewerblicher Monopoltätigkeit aufgestellt. Es ist schon oben gezeigt worden, daß die kantonale Brandassekuranzanstalt keine gewerbliche Unternehmung ist, sondern eine öffentliche Verwaltungsinstitution ohne fiskalische Zwecke bildet; aber auch dann, wenn es sich um die Schaffung eines fiskalischen Monopols handelte, würden die Staatsakte, welche dieses begründen, doch rein hoheitlichen Charakter und keine privatrechtlichen Wirkungen haben.

Wenn nun das Obligationenrecht den Kantonen gestattet, die Haftpflicht der Beamten mit Bezug auf deren öffentliche Funktionen abweichend zu normieren, so ist a fortiori anzunehmen, daß diese Ermächtigung auch für den Staat als solchen zutrifft. Das Schweigen des Gesetzes über die Haftung des Staates ist angesichts des Art. 64 des Obligationenrechts als Ablehnung einer allgemeinen staatlichen Haftpflicht zu betrachten und ist auch so interpretiert worden.[1]) Wenn nun ein bündnerisches Gesetz die Haftung expressis verbis ablehnt, so kann das Bundesgericht nicht aus dem Obligationenrecht trotzdem eine Haftung des Kantons ableiten.

Eine solche Haftung des Fiskus für Akte der Staatsgewalt würde, wenigstens dann, wenn auch eine ausdrückliche Verneinung der Entschädigungspflicht das Gericht nicht binden würde, die Gesetzgebung und Verwaltung einer den Grundsätzen des schweizerischen und allgemeinen Staatsrechts direkt widersprechenden Kontrolle der Gerichte und zwar der Zivilgerichte unterwerfen. Diese Kontrolle käme wenigstens bei Steuer-, Zoll- und ähnlichen, auf Geldleistungen der Bürger gerichteten Gesetzen auf dasselbe wie die Kompetenz zur Kassation heraus. Wenn, wie es in Bund und Kantonen der Fall ist, den Gerichten nicht zukommt, die materielle Rechtsbeständigkeit der Gesetze zu prüfen, so kann es ihnen auch

[1]) Schneider, Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht. S. 157 f. Anm. 7—10 zu Art. 64.

nicht zukommen, deren Ausführung durch Gutheißung von, die Wirkung des Gesetzes absolut paralisierenden Entschädigungs- und Rückforderungsklagen zivilrechtlicher Natur zu verunmöglichen. Der Standpunkt des Bundesgerichts in Sachen Keller und Meyer gegen Bundesfiskus ist deshalb unhaltbar und auch mit den neueren staatsrechtlichen Entscheidungen dieser Behörde unvereinbar.[1])

Es bleibt somit als denkbares Fundament des Ersatzanspruchs nur noch eine öffentlich-rechtliche Haftung des Kantons ex lege. Als Quelle kann mangels irgendwelcher einschlägiger bundesgesetzlicher Bestimmungen nur die Verfassung und in dieser nur Art. 4 in Betracht kommen. Dieser Artikel statuiert aber keine Ersatzpflicht und es kann auch nicht eine feststehende dahingehende Interpretation nachgewiesen werden. Es wäre denkbar, daß die verfassungsmäßige Gleichheit im Sinne der ausgleichenden Gerechtigkeit interpretiert würde, wonach der Staat für besondere Opfer, die er einzelnen durch seine Anordnungen auferlegt, auf Kosten der Allgemeinheit billigen oder vollen Ersatz gewährleistet. Das Expropriationsrecht bildet einen Anwendungsfall dieses Grundsatzes, aber es kann aus dieser besonderen positivrechtlichen Normierung nicht ein allgemein gültiger Entschädigungsanspruch abgeleitet werden;[2]) im Gegenteil, die ausdrückliche Statuierung der Entschädigungspflicht in gewissen Fällen (Expropriation, ungerechtfertigte Haft oder Verurteilung u. s. w.) zwingt eher zur Annahme, daß die Haftpflicht nicht zu vermuten sei. Der Grundsatz der Entschädigung ist nicht ein solcher der lex lata, sondern der lex ferenda.

Das Bestreben der Gerichte, den durch Staatsakte Geschädigten einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, erklärt sich durch eine weitverbreitete unrichtige Auffassung der Rechtswidrigkeit, die auf einer unzulässigen Uebertragung privatrechtlicher Begriffe auf das öffentliche Recht beruht.

Einmal ist die Widerrechtlichkeit eines Gesetzgebungs- und Verwaltungsaktes durch die Zivilgerichte als solche gar nicht prüfbar. Entweder geht ein Staatsakt aus der abschließenden und unkontrollierbaren Kompetenz einer Behörde hervor — wie dies bei den Gesetzgebungsakten regelmäßig

[1]) B. G. Entsch. XXVI, 2, S. 508 f. insbesonder 510. XXXI, 2, S. 554 ff.

[2]) Die von Fleiner, Gutachten S. 5 zitierte Entscheidung des Bundesgerichts (III, S. 5) sagt lediglich, daß die kantonale Eigentumsgarantie das Eigentum vor willkürlichem Entzug schütze, daß nur gegen Entschädigung Zwangsenteignung erfolgen dürfe, nicht aber, daß der Zivilrichter eine Ersatzpflicht, die nicht nachweisbar aus dem positiven Recht folgt, annehmen dürfe.

der Fall ist —, dann könnte er nur noch damit angefochten werden, daß behauptet würde, es sei gar nicht das betreffende Staatsorgan selbst tätig gewesen, sondern Personen, welche sich zu Unrecht eine Kompetenz angemaßt. Diese Prüfung steht den Gerichten zu, auch bei uns, aber nur diese. Oder gegen einen Staatsakt ist eine öffentlich-rechtliche Beschwerde oder Klage möglich; dann ist zu vermuten, daß nur dieses öffentlich-rechtliche Mittel gegen den öffentlich-rechtlichen Akt zulässig ist und nicht auch noch — alternativ oder konkurrierend — eine Zivilklage gegen den Fiskus. Wird die Beschwerde oder Klage abgewiesen, so ist der angefochtene Staatsakt definitiv als rechtmäßig anerkannt. Ist dies der Fall oder ist der Akt von vorneherein definitiv und unkontrollierbar, so ist keine Möglichkeit mehr denkbar, ihn als rechtswidrig zu erklären und zur Grundlage einer Haftung des Staates zu machen. Die Rechtmäßigkeit öffentlich-rechtlicher Akte bestimmt sich allein durch öffentliches Recht und vermittelst öffentlich-rechtlicher Rechtsmittel.

Sodann wird die Rechtswidrigkeit häufig nicht als Verstoß gegen objektives, sondern gegen subjektives Recht verstanden. Die letztere Auffassung ist schon für das Privatrecht unhaltbar, da auch dort gilt: qui iure suo utitur, neminem laedit. Im öffentlichen Recht kann aus dem Umstand, daß ein rechtmäßig ergangener Staatsakt ein subjektives Privatrecht verletzt, eine Haftung des Staats nicht abgeleitet werden, soweit nicht öffentliches Recht eine solche statuiert. Eine Haftung eines Privaten wegen Verletzung eines subjektiven Privatrechts eines Dritten kann damit begründet werden, daß ein Privater nicht in die von ihm unabhängige Rechtssphäre eines andern eingreifen kann; wenn aber der Staat auf Grund seiner öffentlich rechtlichen Ordnung in die ebenfalls von ihm ausgehende Privatrechtsordnung eingreift, so kann durch diese Kollision gleichwertiger Rechtsordnungen nicht eine zivilrechtliche Haftung für die eine aus der andern abgeleitet werden. Eine Verletzung durch einen Privaten und eine solche durch nach öffentlich-rechtlichen Normen rechtmäßige Akte der Staatsgewalt sind völlig incommensurabel und es kann von der Wirkung der einen nicht auf diejenige der andern geschlossen werden.

Der Begriff des zivilrechtlichen Unrechts ist nur dann mittelbar auf einen Staatsakt anwendbar, wenn die Anwendung nicht auf diesen selbst, sondern auf eine indirekte, privatrechtlich konstruierbare Folgeerscheinung des Aktes gemacht wird. Wenn z. B. von einem Militärschießplatz aus andere Grundstücke gefährdet werden, so kann hier eine Verletzung des

Nachbarrechts durch den Eigentümer des Schießplatzes, den Fiskus, erblickt werden. Wenn aber Schaden durch Abhaltung von Uebungen auf fremden Grundstücken entsteht, so kann die Beanspruchung fremden Bodens durch die Truppen nicht einer solchen durch Private assimiliert werden.

Von diesen Erwägungen aus kann nie ein gesetzgeberischer Akt als zivilrechtlich rechtswidrig erscheinen, denn ein solcher ist entweder unkontrollierbar und damit ipso iure rechtmäßig oder nur staatsrechtlich anfechtbar und es ist auch nicht denkbar, daß ein Akt der Gesetzgebung zur mittelbaren Folge ein zivilrechtliches, von der Rechtsgültigkeit des Gesetzesaktes unabhängiges Delikt hätte.

Von diesen Grundsätzen abweichende Haftbarkeit, wie z. B. diejenige von Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen, kann sich nur auf ausdrückliche Bestimmung oder Gewohnheitsrecht gründen und ist wegen ihres Widerspruchs zum öffentlichen Recht nicht analogieweise auszudehnen.

Die in der deutschen Literatur über die Entschädigungspflicht des Staates bestehenden Kontroversen und Theorien haben für die Prüfung der hier vorliegenden Frage keine große Bedeutung, da das deutsche Gesetz nicht an Landes- und Reichsverfassung richterlich geprüft werden kann. Immerhin aber besteht unseres Wissens in Deutschland[1]) keine neuere Lehrmeinung von Einfluß, welche gegen die von uns vertretene Ansicht gerichtet wäre. Der Streit darüber, ob die Entschädigungspflicht vermutet werde oder ob sie ausdrücklich statuiert sein müsse, ist für § 53 gegenstandslos und beweist nur, daß der Gesetzgeber die Entschädigungspflicht ausschließen kann.

2. Die Entschädigung als Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit eines Gesetzes.

Nicht nur in den staats- und zivilrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts, sondern auch in der wissenschaftlichen Literatur trifft man eine gewisse Unsicherheit und ein Schwanken in der Beantwortung der Frage der Entschädigungspflicht des Staates für Staatsakte, insbesondere legislative. Diese Widersprüche sind zum Teil nur scheinbare, weil die einzelnen Entscheidungen und Lehrmeinungen, die sich widersprechen, in der Regel wesentlich verschiedene Dinge betreffen, indem die in dem ersten

[1]) Anschütz l. c. S. 57 ff., mit eingehenden Literaturangaben. G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., S. 813 ff. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II, S. 349 und 357 f.

Teil dieses Gutachtens[1]) gemachte Unterscheidung zwischen der Aufhebung beziehungsweise Veränderung von sogenannten wohlerworbenen Rechten im fiskalischen Interesse oder unter Verletzung eines vom Staat selbst eingegangenen „Vertrages" und der Aufhebung beziehungsweise Veränderung solcher Rechte ohne Erweiterung der staatlichen Vermögenssphäre nicht oder nicht genügend beachtet wird. Im letztern Falle kann eine Entschädigungspflicht nie vermutet werden, schon mit Rücksicht auf die ungeheuerlichen Konsequenzen politischer und wirtschaftlicher Natur. Vereinzelt mag der Gesetzgeber aus Rücksichten der Billigkeit eine Entschädigung gewähren oder durch Uebergangsbestimmungen die Härten des neuen Rechts mildern; nie aber wird ein Richter mangels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung in solchen Fällen eine Entschädigung zusprechen können. Und dem entspricht auch die Praxis.[2])

Ganz anders liegt der Fall, wenn der Gesetzgeber für sich oder zu Handen Dritter ein Recht entzieht beziehungsweise eine eingegangene Verpflichtung aufhebt. Nahezu alle Fälle dieser Kategorie sind Expropriationsfälle und hier wird stets Entschädigung gewährt. Andere Fälle analoger Art, in denen ein Gesetz sogenannte wohlerworbene Rechte aufhebt, sind so verschwindend selten, daß darauf bezügliche Gerichtsentscheide ganz vereinzelt sind und daß die Theorie sich mit diesen Fällen als solchen wenig befaßte. Wir haben oben die Aufhebung sogenannter erworbener Rechte im Interesse des Fiskus oder einseitige Lösung staatlicher Verträge durch den Staat als unvereinbar mit Art. 4 der Bundesverfassung, als dem Grundsatz der Gleichheit widersprechend bezeichnet. Dabei wurde stets angenommen, daß die Aufhebung entschädigungslos erfolge, daß der Gesetzgeber schlechthin von seiner Kompetenz, die Rechtsverhältnisse nach seinem Ermessen zu ordnen, Gebrauch mache. Die Willkür solcher Staatsakte liegt darin, daß hier der Staat einem Einzelnen besondere, durch keine in dessen Person liegende Gründe gerechtfertigte Opfer zu Gunsten des Staates auferlegt oder — daß der Staat, wie bei der einseitigen Aufhebung von Verträgen, sich mit der Idee des Rechts selbst in Widerspruch setzt. Wenn aber Entschädigung für den dem Einzelnen hieraus entstehenden Schaden gewährt wird, so kann von einem besondern Opfer nicht mehr gesprochen werden; es kann zwar die Verwandlung einer Sache oder eines Rechts in seinen Wert auch eine Schädigung bedeuten, aber die Tragung dieses

[1]) S. 20 ff.

[2]) Fischer, l. c. S. 187.

Opfers ist keine ungerechte Zumutung. Wie der Einzelne sich im allgemeinen die Schädigungen gefallen lassen muß, die sich aus der Aenderung der Rechtsordnung ergeben, so muß er auch eine Veränderung seiner Rechte unter grundsätzlicher Wahrung der Integrität der Vermögensmasse hinnehmen. Daß eine solche Veränderung der wohlerworbenen Rechte Stand hält vor dem eidgenössischen und kantonalen Verfassungsrecht, beweisen die kantonalen Expropriationsgesetze. Daß die Expropriation nur im öffentlichen, mit dem fiskalischen nicht identischen Interesse vorgenommen werden darf, ist eine Beschränkung, die nicht notwendig ist; würde ein Expropriationsgesetz die Expropriierung bedingungslos gewähren, so würde dies zulässig sein unter Vorbehalt der Nachprüfung der Willkürlichkeit der Anwendung im Einzelfall.

Würde man sich diejenigen Enteignungen, welche heute allgemein unter Expropriationsrecht fallen, ohne Entschädigung erfolgend denken, so würden hierin wohl unbestreitbar willkürliche und ungerechte Akte erblickt. Daß die Enteignung doch zulässig ist vor dem Grundsatz der Gleichheit, liegt eben in der Entschädigung. Was in den normalen, durch ein allgemeines Gesetz zum vornherein zu regelnden Fällen zur Rechtsbeständigkeit notwendig ist, ist nicht weniger notwendig da, wo eine Regelung nur von Fall zu Fall möglich ist. Hier ist die Entschädigung Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit eines Staatsaktes, weil ohne die Entschädigung dieser als willkürlich erscheint.[1]) Bei einem souveränen Gesetzgeber hat die Unterscheidung zwischen Aufhebung von Rechten mit Entschädigung und solcher ohne Entschädigung nur politische Bedeutung, für den kantonalen Gesetzgeber aber, dessen Akte auf ihre Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung geprüft werden können, hat die Unterscheidung rechtliche Bedeutung.

Es entsteht die Frage, was für eine Wirkung die Unterlassung der Statuierung der Entschädigungspflicht durch den Gesetzgeber hat. Ist die entschädigungslose Aufhebung eines sogenannten wohlerworbenen Rechts nichtig oder kann doch eine Entschädigung erstritten werden? Das letztere könnte nur der Fall sein, wenn einer kantonalen, die Aufhebung schlechthin aussprechenden Norm eine die Entschädigung statuierende bundesrechtliche oder Kantonsverfassungsnorm entgegengesetzt werden könnte.[2]) Da aber, wenigstens in concreto bei § 53 dies nicht der Fall ist, so kann eine Entschädigung nicht zugesprochen werden. Die Entscheidung in Sachen

[1]) B. G. Entsch. VI, S. 112/13, XV, S. 185, XVI, 689.

[2]) Burckhardt, Kommentar, S. 827, II, 2.

Laskowski contra Genf ist unseres Erachtens unhaltbar und beruht auf einem Widerspruch. Das Bundesgericht hat die Rechtsbeständigkeit des genferischen, die Besoldungsverhältnisse gewisser Professoren verschlechternden Gesetzes als außerhalb der Kognition des Zivilhofes stehend erklärt und im Dispositiv doch einen Artikel des Gesetzes aufgehoben, wenigstens eine Verfügung getroffen, die diametral der Gesetzesbestimmung zuwiderläuft. Solange das Zivilgericht sich nicht auf eine über dem kantonalen Gesetzgeber stehende, die Entschädigung aussprechende Norm stützen kann, hat es gar keine Möglichkeit, eine Entschädigung auszusprechen. Es kann eine Klage nur abweisen. Dies präjudiziert aber dem staatsrechtlichen Rekurs nicht, mit dem erfolgreich die Kassation der willkürlichen Norm angestrebt werden kann. Daß nur Kassation und nicht statt dieser Entschädigung ausgesprochen werden kann, geht auch daraus hervor, daß da, wo ein Staatsakt ein in Geld nicht abschätzbares, rein öffentliches Recht betrifft, im Fall der Willkür nur Kassation erfolgen kann. Nun ist aber das Fundament eines Rekurses gegen entschädigungslose Aufhebung von Privatrechten genau dasselbe, und deshalb muß auch der Erfolg der gerichtlichen Beurteilung der gleiche sein, umsomehr als es nicht Sache der Gerichte ist, verfassungswidrigen Gesetzen zu einer verfassungsmäßigen Form zu verhelfen. Das Bundesgericht als Zivilgericht kann deshalb lediglich nach den bisherigen Ausführungen auf Grund einer kantonalen Norm eine Entschädigung zuerkennen; besteht eine solche Norm nicht, so kann nur das Bundesgericht als Staatsgerichtshof wegen Willkür die betreffende Norm kassieren.

Nach dem Gesagten ist also eine Entschädigungsklage wegen § 53 unmöglich; möglich an sich ist nur der staatsrechliche Rekurs wegen Willkür. Ein Rekurrent könnte aber nicht obsiegen, weil keine Willkür vorliegt. Die durch § 53 aufgehobenen Privatrechte sind, wie oben gezeigt, keine solchen, welche nicht, d. h. nur gegen Entschädigung, aufgehoben werden können, noch ist der Zweck der Aufhebung ein solcher, welcher die Aufhebung, außer unter gleichzeitiger Zubilligung einer Entschädigung, ausschlösse. Der § 53 ist deshalb rechtsbeständig in allen Teilen, auch in Bezug auf die Ablehnung einer Entschädigungspflicht.

Wenn also unter keinen Umständen eine Entschädigung zugesprochen werden kann, ist es auch überflüssig, zu prüfen, nach welchen Grundsätzen eine solche bemessen werden müßte. Es mag genügen, auf zwei Hauptpunkte hinzuweisen. Erstens wären für die Bemessung des Schadens die

zivilrechtlichen Grundsätze über Schadenersatz wegen Delikt oder Vertragsverletzung unanwendbar, wie oben[1]) ausgeführt wurde. Es müßten die Grundsätze der Expropriation analogieweise verwendet werden. Zweitens wäre, wie oben[2]) gezeigt wurde, der Entschädigung nur das Erfüllungsinteresse an der Prämienzahlung zu Grunde zu legen, zwar nur in dem Umfang, als es nicht Gewinninteresse darstellt.

D. Konklusionen.

Der erste Absatz des § 53 des Gesetzes betreffend die Gebäude-Brandversicherung im Kanton Graubünden in der vom Großen Rat am 25. Januar 1907 beschlossenen Redaktion ist rechtsbeständig, und zwar aus folgenden Gründen:

A. Der Kanton Graubünden ist nach Bundesrecht kompetent, im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt eine Brandversicherungsanstalt mit Beitrittszwang und Ausschluß der Privatversicherung zu errichten. Die Aufhebung der laufenden Versicherungsverträge gründet sich auf diese Kompetenz zur Einführung des Monopols, da diese notwendigerweise die Normierung von Umfang und Beginn der Geltung des Monopols in sich schließen muß.

B. Das im Rahmen der bundesrechtlichen Kompetenz erlassene kantonale Gesetz verstößt gegen keine diesem vorgehende Norm.

1. Die Eigentumsgarantie der Kantonsverfassung bedeutet nach Auslegung der bündnerischen Behörden, daß Privatrechte nur durch den Gesetzgeber verändert oder aufgehoben werden können. Gesetz ist, was vom Gesetzgeber ausgeht. Da diese Interpretation nicht als willkürlich bezeichnet werden kann, ist die in § 53 gegebene Auslegung der Verfassung durch das Gesetz als authentisch zu betrachten.

2. a) Der Artikel 31 der Bundesverfassung verbietet die Aufhebung der laufenden Verträge nicht, weil er kein Recht auf eine bestimmte Erwerbstätigkeit, noch weniger auf einen wirtschaftlichen Status quo statuiert, sondern die Freiheit von polizeilichen Beschränkungen in der Ausübung solcher Gewerbe gewährleistet, welche nicht aus Gründen des öffentlichen Wohles zu öffentlichen Verwaltungsfunktionen gemacht sind.

[1]) S. 30 ff.

[2]) S. 26.

2. b) Der Artikel 4 der Bundesverfassung verbietet die Aufhebung von Privatrechten durch die Gesetzgebung nur, sofern eine solche als willkürlich zu betrachten ist. Willkürlich ist ein Privatrechte aufhebendes Gesetz nur, wenn das dadurch dem Betroffenen auferlegte Opfer nicht durch in dessen Person liegende Momente oder durch kein unmittelbares öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, oder wenn der Staat sich dadurch selbst übernommener Pflichten entledigt. Die durch § 53 betroffenen Privatrechte werden in einem unmittelbaren Interesse, demjenigen der Verstaatlichung einer für die Volkswirtschaft wichtigen Tätigkeit aufgehoben, ohne daß dadurch der Staat sich einen ungerechtfertigten Vorteil aneignet oder von ihm übernommene Verpflichtungen negiert oder den Betroffenen unverhältnismäßig große Opfer auferlegt oder deren besondere Verhältnisse in ungerechter Weise ignoriert.

C. 1. Die entschädigungslose Aufhebung der laufenden Versicherungsverträge ist rechtsbeständig, da die kantonale Eigentumsgarantie nach der nicht willkürlichen und deshalb authentischen Interpretation durch den kantonalen Gesetzgeber die Entschädigungspflicht des Staates nicht ausspricht. Ebenso wenig kennt die Bundesverfassung eine präsumptive Haftpflicht des Staates und das Obligationenrecht ist seiner Natur nach auf den durch § 53 geschaffenen Tatbestand nicht anwendbar, abgesehen davon, daß es die Regelung öffentlich-rechtlicher Schuldverpflichtungen, sowie der Haftung des Staates für seine Organe der kantonalen Gesetzgebung vorbehält.

Die Verweigerung einer Entschädigung macht auch den § 53 nicht zu einer willkürlichen Norm, da Objekt und Zweck der Aufhebung diese an sich schon nicht als willkürlich erscheinen lassen. Die Entschädigung für Aufhebung von Privatrechten durch kantonale Gesetze kann immer nur auf Grund einer kantonalen Norm zuerkannt werden, und ist nur da wegen Bundesverfassung Art. 4 Voraussetzung der Gültigkeit eines Gesetzes, wo die Aufhebung eines in eine Entschädigung umsetzbaren Rechtes als willkürlich zu betrachten wäre.

2. Würde die Rechtsbeständigkeit von § 53 von den Bundesbehörden wegen Inkompetenz des Kantons verneint, so könnte lediglich Kassation des § 53 erfolgen. Würde die Rechtsbeständigkeit wegen Verletzung einer materiellen Norm der Kantonsverfassung oder des Bundesrechts verneint, so wäre ebenfalls nur Kassation auf Grund eines staatsrechtlichen Rekurses, nicht aber Zusprechung einer Entschädigung auf Grund einer Zivilklage

seitens des Bundesgerichtes möglich. Auch im Falle einer Haftbarmachung des Kantons hätte dieser nicht für das volle Erfüllungsinteresse der Versicherungsgesellschaften an der Erhaltung der aufgehobenen Verträge Ersatz zu leisten.

Würde Kassation erfolgen wegen Verweigerung der Entschädigung, so stünde es dem Gesetzgeber immer noch frei, durch ein Nachtragsgesetz die Verträge von neuem als aufgehoben zu erklären unter Vorbehalt einer Entschädigung.

Zürich, den 17. April 1907.

Prof. Dr. Max Huber.

Inhaltsübersicht.

A. Die Rechtsbeständigkeit.

Die Kompetenz des bündnerischen Gesetzgebers zum Erlaß des § 53.

B. Die materiellen Rechtsnormen.

1. Das kantonale Recht.

2. Das Bundesrecht.

a) Bundesverfassung Art. 31 (Gewerbefreiheit).

Unbestritten ist die Zulässigkeit des Monopols und die Geltung des Art. 31 für das Versicherungsgewerbe.

C. Die Entschädigungsfrage.

1. Die Entschädigung als Folge der Rechtsbeständigkeit des § 53.



